

جامعة دمشق - كلية الشريعة

تحفة الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ)

وهي أمل « بدائع الصنائع » للكاساني - قال الكنتوي :
« ملك العلماء الكاساني ، صاحب البدائع شرح غفة الفقهاء :
أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التصانيف ».

الجزء الثالث

حفظه وعلق عليه وينشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البز

القاضي بمحكمة القاهرة الابتدائية

والمتدرب لتدريس الفقه الحنفي والقانون المدني بكلية الشريعة بجامعة دمشق

راجع متنه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الحنيف أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

الطبعة الأولى

١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م

مطبعة جامعة دمشق

جامعة دمشق - كلية الشريعة

تحفة الفقهاء

لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ)

وهي أصل « بدائع الصنائع » فلكسائي - قال افكنوي :
« ملك العلماء الكسائي ، صاحب البدائع شرح تحفة الفقهاء :
أخذ العلم عن علاء الدين محمد السمرقندي ، صاحب التحفة ».

الجزء الثالث

حفظه وعلق عليه وينشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

القاضي بمحكمة القاهرة الابتدائية

والمتنذب لتدريس الفقه الحنفي والقانون المدني بكلية الشريعة بجامعة دمشق

راجع منه وقدم له الأستاذ الجليل الشيخ علي الحنيف أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك الكلية سابقاً

الطبعة الأولى

١٩٥٩ - ١٣٧٩ هـ

مطبعة جامعة دمشق

صدرت «التحفة» في ثمرة أجزاء

الجزء الأول — ويشتمل على : كتاب الطهارة - كتاب الصلاة - كتاب
الجنائز - كتاب الزكاة - كتاب الصوم - كتاب الحج .
الجزء الثاني — ويشتمل على : كتاب البيوع - كتاب النكاح - كتاب
الطلاق - كتاب العتاق - كتاب الأيمان - كتاب الإجارة .
الجزء الثالث — وهو هذا ، ويشتمل على بقية كتب الفقه .

الحقوق محفوظة فنشر

الدكتور محمد زكي عبد البر

كتاب

الشركة^(١)

الشركة^(٢) نوعان : شركة أملاك ، وشركة عقود .

ف شركة الأموال

على ضربين :

أحدهما - ما كان بفعلها^(٣)، مثل أن يشتريا أو يوهبا لهما أو يوصى لهما فيقبلا^(٤) .

والآخر - بشيء فعلها^(٥)، وهو أن يرثا .

والحكم في الفصلين واحد ، وهو أن الملك مشترك بينهما . وكل واحد منهما^(٦) في نصيب شريكه كالأجنبي : لا يجوز له^(٧) التصرف فيه إلا بإذنه .

(١) كل « كتاب الشركة » ناقص من ح . وهو استمرار للنقص الذي أشرنا إليه في الجزء الثاني في باب كفارة اليمين (راجع الهامش ٧ ص ١٠٠ من الجزء الثاني) .
(٢) في ١ : « قال رحمه الله : الشركة » .

(٣) في ١ : « بفعلها » .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل والى الكسائي (٦ : ٥٦) : « قبلا » .

(٥) في ١ : « فعلها » . راجع فيما تقدم الهامش ٣ .

(٦) منها « من أ » .

(٧) « له » من أ و ب .

وأما شركة العقود

فعلى ثلاثة^(١) أوجه : شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال ،
وشركة بالوجوه ؛ ويدخل فى كل واحد منهما شركة العنان وشركة
المفاوضة - فنذكر فى كل نوع : كيفيته ، وشرايطه ، وأحكامه^(٢).

أما الشركة بالأموال

فلها^(٣) شروط ، عناقا كانت الشركة أو مفاوضة :

منها - أن يكون مال الشركة حاضرا ، إما عند العقد أو عند الشراء ،
ولا يجوز بمال غائب أو دين فى الحالين - ولهذا قالوا فيمن دفع إلى رجل
ألف درهم وقال : اخرج مثلها ، واشتر بها ، وباع ، فأربحت كان^(٤)
بيننا ، فأخرج ألفا واشترى بها : جاز ، وإن لم^(٥) يوجد المال
المعين^(٦) عند العقد ، وإنما وجد عند الشراء . وإنما كان كذلك^(٧)
لأن الشركة لانتم إلا بالشراء ، فوجود المال عنده كوجوده فى الابتداء.

(١) فى ١ : « العقود ثلاثة » .

(٢) « وأحكامه » من أ و ب .

(٣) العا . من أ .

(٤) « كان » ليست فى ب .

(٥) فى أ : « واشترى بها ولم » فليس فيها « جاز » ولا « إن » .

(٦) « المعين » من أ و ب : « العين » . وزاد هنا فيها (فى أ و ب) : « من الجنس » .

(٧) « كذلك » من أ .

ومنها - أن يكون رأس مال الشركة أثماناً مطلقة^(١)، من الدراهم والدنانير، عند أكثر العلماء. ويصح عقد الشركة فيها^(٢) بالاجماع. ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير؛ جازت الشركة^(٣) عندنا. وعند زفر: لا يجوز.

وأما التبر فلا تصح الشركة به؛ وجمله كالمروض في هذا الكتاب، وفي كتاب الصرف جملة ثمننا^(٤).

وخلط المالين ليس بشرط عندنا، وعند زفر شرط.

وأما المكيل والموزون والعدييات المتقاربة: فلا تصح الشركة بها^(٥)، قبل الخلط، بالاجماع، لأنها ليست بأثمان عند التعيين، والشركة لا تصح^(٦) فيها إلا وهي ثمن^(٧)، وإنما هي أثمان في الذمة. أما بعد الخلط: <ف> قال أبو يوسف: لا تصح الشركة^(٨) وإنما صارت^(٩) شركة أملاك، وقال محمد: صحّت الشركة بالخلط.

وإنما يظهر الخلاف فيما إذا كان المكيل نصفين، وقد شرط أن

(١) في ١: «مطلقاً».

(٢) في ١: «فيها».

(٣) «الشركة» من أوب.

(٤) انظر ماسأني في كتاب الصرف وفي أوله: «الصرف اسم لبيع الذهب والفضة والتبر».

(٥) في ب: «بها».

(٦) في أوب: «لا تصح».

(٧) في أوب: «عين». راجع الكاساني ١: ٦٠: ٦١.

(٨) في أوب: «لا تصح الشركة فيه» وللصحيح: «... فيها».

(٩) التاء من أوب.

يكون الربح أثلاثا ، فخطاه ، واشترى به : قال أبو يوسف : الربح^(١) على قدر المالين . وقال محمد : على ما شرطاً .

وأما الشركة بالعروض : فلا تجوز عندنا ، خلافاً للمالك ، لأن الشركة تقتضى الوكالة ، والتوكيل على الوجه الذى < > تضمنه الشركة لا يصح بالعروض^(٢) ، فإنه لو قال لغيره « بع عرضك على أن ثمنه بينا » لم يصح . ولو قال لرجل « اشتر بألف من مالك على أن ما اشتريته بينا وأنا أشتري بألف من مالى على أن ما أشتري بينا » : جاز ذلك . فهذا افتراق .

. . .

وأما شركة العنان :

فتفسيرها^(٣) أن يشارك صاحبه فى بعض الأموال التى ذكرنا ، لا^(٤) فى جميع الأموال ، ويكون كل واحد منهما^(٥) وكيلاً عن صاحبه فى التصرف فى النوع الذى عينا من أنواع التجارة أو فى جميع أنواع^(٦) التجارة إذا عينا ذلك أو أطلقا ، وبينان^(٧) قدر الربح .

وهذه الشركة جائزة بلا خلاف ، لأنها تقتضى الوكالة فى التصرف ،

(١) « الربح » ليست فى أ .

(٢) فى أ وب : « فى العروض » .

(٣) القاء من أ وب . وفى الأصل : « و » .

(٤) فى ب : « إلا » .

(٥) « منها » من أ وب .

(٦) « أنواع » من أ وب .

(٧) فى ب : « وبيننا » . وفى أ : « وبيان » .

عن كل واحد منهما، لصاحبه^(١)، والتوكيل صحيح .
ولهذا تجوز هذه^(٢) الشركة بين كل من كان من أهل التجارة
مأذونا فيها، كالعبد المأذون والصبي المأذون^(٣) والمكاتب والذمي، كما تجوز
بين الأحرار البالغين المسلمين، لأن قبول الوكالة صحيح منهم .
ويجوز أن يشترط العمل عليهما، بأن اشتركا على أن « يديما ويشتريا
على أن مازق الله من ذلك فهو بينهما على كذا » . ويجوز أن يشترطا
العمل^(٤) على أحدهما دون الآخر .
ثم لاشك أنهما إذا شرطا الربح بينهما نصفين: جاز، بالاجماع، وإذا
كان رأس مالهما على السواء، سواء شرط^(٥) العمل عليهما أو على أحدهما،
لأن استحقاق الربح بالمال أو بالعمل، وقد وجد التساوى في المال .
وإن شرطا الربح بينهما أثلاثا: فإن كان العمل عليهما: جاز، سواء
كان^(٦) فضل الربح لمن كان رأس ماله أكثر أو أقل، لأنه يجوز أن
يكون له زيادة حذافة، فيكون الربح بزيادة العمل .
وإن شرطا العمل على أحدهما: فإن^(٧) شرطا العمل على الذي شرط^(٨)

(١) ف ب : « من كل منها لصاحبه » . وفي أ : « في التصرف منها والتوكيل » .

(٢) هذه « ليست في ب » .

(٣) « والصبي المأذون » ليست في ب . وانظر فيما بعد ص ١١ .

(٤) « العمل » ساقطة من أ .

(٥) في أ و ب : « شرطا » .

(٦) « كان » من أ و ب .

(٧) هكذا في أ و ب . وفي الأصل : « وإن » .

(٨) في أ : « شرطا » . وفي ب كذا : « على الذي فضل له الربح » .

له فضل الربح ، جاز ، لا*نه عامل فى ماله ، وربحه له ، وعامل فى مال شريكه ، يعض ربحه ، والربح يستحق^(١) بالعمل . وإن^(٢) شرطا العمل على أقلهما ربحا خاصة^(٣) : لا يجوز ، لا*نه شرط للآخر فضل ربح^(٤) بغير عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان ، ولا نغنى بقولنا العمل^(٥) وجوده بل نغنى به شرط العمل^(٦) .

وإذا اشترك الرجلان بمال على أن يشتريا ويبيعا ، فما كان من الربح فهو بينهما ، ولم يخلط المال^(٧) ، فضاع مال أحدهما قبل الشراء ، فقد انتقضت^(٨) الشركة . لا*ن الشركة تمينت فى المالين ، فإذا هلك أحدهما قبل الشراء ، بطلت الشركة فيه ، وبطلت^(٩) فى المال الآخر ، لا*ن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه فيه إلا بشرط الشركة فى ماله ؛ وإذا^(١٠) بطلت الشركة فما يشتريه بماله يكون له خاصة .

(١) فى ب : « مستحق » . وفى ا : « والربح الذى مستحق » .

(٢) هكذا فى ب . وفى الأصل وا : « فإن » .

(٣) « خاصة » من ب . وفى ا : « خاصا » .

(٤) فى ب : « لأن هذا اشتراط لزيادة الربح » . وفى ا : « لأن هذا لشرط لزيادة الربح » .

(٥) فى ا : « بقولنا القول » . وفى ب : « بقولنا إلا بعمل » .

(٦) زاد فى ا : « للآخر » . وزاد فى ب كذا : « إلا » .

(٧) « المال » من ا .

(٨) التاء من ا و ب .

(٩) فى ب : « فبطلت » .

(١٠) هكذا فى ب . وفى الأصل وا : « فإذا » .

ولو اشترى بأحد المالين، ثم هلك المال الآخر^(١)، فما اشتراه^(٢) فهو بينهما، لأنه اشتراه مع بقاء الشركة، فلما^(٣) المشتري^(٤)، فهلك المال بعده^(٥) لا يغير حكم الملك .

ثم لكل واحد من شريكي العنان، بعدما اشترى برأس المال أعيانا، أن يبيع مال الشركة بالتقيد والنسيئة، ويشتري بالتقيد والنسيئة، وإنما أراد بالشراء بالنسيئة فيما^(٦) إذا كان في يده دراهم أو دينار أو مكيل أو موزون، فاشترى بذلك الجنس شيئا^(٧)، لأن الشريك وكيل بالشراء، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة .

فإذا لم يكن في يده ما ذكرنا وصار مال الشركة كله أعيانا وأمتعة، فاشترى^(٨) بدراهم أو بدنانير نسيئة، فالمشتري له خاصة، دون شريكه، لأنه لو صح في حق شريكه صار مستدينا على مال الشركة^(٩).

(١) في أ: « ثم هلك مال الأول » .

(٢) في ب: « فما اشتراه » .

(٣) كذا في أ و ب . وفي الأصل: « فهلك » .

(٤) في ب: « المشتري » .

(٥) في ب و أ: « بعد ذلك » .

(٦) الصفحة التي تبدأ بقوله « فما إذا كان » والتي تليها في النسخة المصورة الأصل وردا في غير موضعها إذ وردا على اعتبارهما ٢/٣٤٤ و ١/٣٤٥ والحقيقة أنها ٢/٢٤٤ و ١/٢٤٥ كما وردت الصفحتان ٢/٢٤٤ و ١/٢٤٥ على أنها ٢/٣٤٤ و ١/٣٤٥ وسننبه إلى ذلك في كتاب الخطر والإباحة .

(٧) « شيئا » من أ و ب .

(٨) كذا في أ و ب . وفي الأصل: « واشترى » .

(٩) وهو لا يملك ذلك كما سيأتى في السطر التالي من المتن . وقد آثرنا البدء بالعبارة التالية

من أول السطر .

والشريك شركة عنان والمضارب لا يملك ان الاستدانة إلا أن يؤذن
لها في ذلك .

وكذا لكل واحد منها^(١) أن يبيع ، ويودع ، ويوكل بالبيع ،
ويحتال بالثمن ، ويستأجر ، ويسافر بمال الشركة عند أبي حنيفة ومحمد
في أصح الروايات .

وكذا يقبض ماباعه بنفسه ، ويخاصم فيه ، ولا يقبض ماباع صاحبه ،
ولا يخاصم فيه ، إلا إذا^(٢) قال كل واحد منها لصاحبه « اعمل فيه
برأيت » فلها^(٣) أن يعمل في ذلك ما كان من التجارة وتوابها ، من
الرهن ، والارتهان ، ودفع المال مضاربة ، والسفر بالمال^(٤) في قولهم
إلا القرض ، والهبة ، والكتابة ، والتزويج ، ونحو ذلك ، لأن هذا من
باب التبرع و^(٥) ليس من جنس التجارة .

. . .

وأما شركة المفاوضة :

فشرط صحتها أن تكون في جميع التجارات ، ولا يختص أحدها

(١) « منها » من أ .

(٢) « إذا » ليست في أ .

(٣) في أ و ب : « جاز » .

(٤) هكذا في أ . وفي ب : « والسفر في المال » . وفي الكاساني (١٧ : ٧١ : ٦) : « وهل

لاحدما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ؟ ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك ، والصحيح من
قول أبي يوسف ومحمد أن له ذلك » .

(٥) « و » من أ .

بتجارة دون شريكه ، وأن يكون مايلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للآخر ، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر .

ويكون كل واحد منهما ، فيما وجب لصاحبه ، بمنزلة الوكيل ، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ، ويتساويان مع ذلك في رموس الأموال : في قدرها وقيمتها ، ويتساويان في الربح ، فإن تفاوتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عانا - فصارت المفاوضة مشتتة على الوكالة والكفالة والتساوى في الربح والمال الذي يقع به الشركة ، ولهذا لا تجوز إلا بين المسلمين الحريين البالغين العاقلين^(١) لتساويهما^(٢) في أهلية الكفالة وأهلية سائر التصرفات ، بخلاف العبد والصبي والمكاتب والذمي والمجنون^(٣) .

ثم كل مايجوز لشريك الثان أن يفعله ، يجوز^(٤) للمفاوض أن يفعله أيضا ، لأن شركة المفاوضة أعم .

ثم كل ما هو شرط في صحة شركة^(٥) الثان ، فهو شرط في صحة المفاوضة . وكل ما فسدت به شركة الثان^(٦) فهو مفسد لشركة المفاوضة .

(١) « العاقلين » من ١ .

(٢) كذا في ا و ب . وفي الأصل : « لتساويهم » .

(٣) « المجنون » من ١ . راجع فيما تقدم ص ٧ .

(٤) في ا و ب : « يجوز » .

(٥) « شركة » ليست في ١ .

(٦) « الثان » سابقة من ١ .

ويجوز للمفاوض أيضا مالا^(١) يجوز للشريك^(٢) شركة عنان^(٣) فيما^(٤) يختص به المفاوض أن^(٥) يجوز إقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه <و> يطالب المقر له أيهما شاء ليكون^(٦) كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه . وكذلك كل^(٧) ماوجب على كل واحد منهما من دين سائر العقود التي تكون في التجارة، من الشراء والبيع والاستعجار وغير ذلك من سائر ما يضمنه أحدهما من الأموال: بالنصوب^(٨)، والبيع الفاسدة، والخلاف في الودائع والمواري، والاستهلاكات، والأجارات، والرهن والارتهان والكفالة بالمال عند أبي حنيفة خلافا لهما، والقبض، والحسومة، وإقامة اليئنة، والاستحلاف على العلم، والكتابة، والإذن في التجارة لعبد الشركة، وتزويج الأئمة، ونحو ذلك .

ولا يجوز أن يعتق شيئا من عبيد التجارة، ولا أن يزوجه .
وإذا اشترى أحدهما طعاما لأهله أو كسوة أو مالا يتيهم فيه^(٩)

(١) « لا » ساقطة من اقتيا : ما يجوز » .

(٢) في ب : « لشريك » .

(٣) كذا في ب . وفي أ : « فيا » . وفي الأصل : « فا » .

(٤) في أ : « بأن » .

(٥) في أ و ب : « لكون » .

(٦) « كل » من أ .

(٧) في ب : « والنصوب » .

(٨) في أ : « أو مالا يتم فيه الشركة » . وفي ب كلمة تتم غير واضحة وكلمة « الشركة » غير موجودة بحيث قد تقرأ : « مالا يتيهم فيه » . وفي الكاساني (٦ : ٧٤ : ١٦) : « وما اشتره أحدهما من طعام لأهله أو كسوة، أو مالا به له منه - فذلك جائز ، وهو له خاصة دون صاحبه - والقياس أن يكون المشتري مشتركا بينهما لأن هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر =

فذلك جائز، وهو له خاصة دون صاحبه، ولبائع أن يطالب بثمن ذلك
أيهما شاء، إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك،
لأنه قضى دينه، من ماله، بإذنه، دلالة.

وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير إذن الشريك، وإذا
اشترى أحدهما^(١) جارية ليطأها بإذن شريكه، فهي له خاصة، ولا يرجع
عليه بشيء من الثمن^(٢) - ولم يذكر الخلاف في كتاب الشركة، وذكر
في الجامع الصغير فقال: عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن.
وعندهما: يرجع عليه بنصيبه على ما عرف ثم.

وأما الشركة بالوجوه

>ف> أن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا^(٣)
بوجوههما، على أن ما اشتريا أو اشترى أحدهما، فهو بينهما نصفان.
والسجيت «شركة الوجوه» لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجه
عند الناس.

الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة لفروضة لأن ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى
من المفاوضة فاعتصم به المشتري، لكن لبائع أن يطالب بالثمن أيها شاء وإن وقع الاشتراك
إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لأنه قضى دينه عليه من ماله لا على
وجه التبرع لأنه التزم ذلك ف يرجع عليه.

(١) «أحدهما» ليست في ب.

(٢) «من الثمن» ليست في ب.

(٣) «ويبيعا» ساقطة من أ. وفي ب: «على أن يشتريا» سقطت منها كلمة «ويبيعا».

(٤) «و» من أ. انظر الهامش التالي.

وهي عقد جائز عندنا ، خلافاً للشافعي ، لتعامل الناس في الأصهار ، من غير نكير .

ثم كيفما شرطاً وقوع الملك في المشتري بينهما ^(١) ، إما نصفان أو كان لأحدهما أكثر ، فهو جائز ، ويقع الملك بينهما كذلك ، ويكون الربح على قدر ملكهما ، و ^(٢) لا يجوز أن يفضل أحدهما على ربح حصته شيئاً ^(٣) ، لأن الربح يستحق في هذه الشركة بالضمان ، لا بالمال والعمل ، والضمان على قدر الحصة ، فيكون الربح كذلك ، إذ لو شرط ^(٤) زيادة الربح < فإنه > يشترط من غير ^(٥) عمل ومال وضمان ، وهذا لا يجوز . ثم هما في جميع ما يجب لهما وما يجب ^(٦) عليهما وما يجوز فيه فضل ^(٧) أحدهما على شريكه وما لا يجوز ، بمنزلة شريكي العنان ، لأنهما أطلقا الشركة ، والشركة المطلقة تقتضي العنان ، فإذا اشتركا بوجوهها شركة مفاوضة فذلك جائز ، لأنهما ضمنا إلى الوكالة المطلقة الكفالة ^(٨) ، وذلك جائز إلا أنه لا بد من التساوي فيما يتبايعانه ^(٩) ، لأن المفاوضة تنع من التفاضل ^(١٠) .

(١) « ضمان وسميت شركة الوجوه لأنه ... المشتري بينهما » ساقطة من ب .

(٢) الواو من اوب .

(٣) في ا : « على الربح شيئاً » .

(٤) في اوب : « ولو جاز شرط » .

(٥) « غير » ساقطة من ا .

(٦) هكذا في اوب . وفي الأصل : « وما وجب » .

(٧) « فضل » من ا . وفي الأصل : « بعمل » . وفي ب : « فعل » .

(٨) في ا : « والكفالة » .

(٩) كذا في اوب . وفي الأصل : « يتبايع » .

(١٠) زاد في ب هنا : « والله أعلم » .

وأما الشركة بالاعمال

فهي ^(١) تسمى « شركة الصنائع » ، وتسمى « شركة الابدان » ، لأن العمل بالبدن يكون ، وهو أن يشترك اثنان في عمل القسارة والصباغة ، على أن يتقلا الاعمال ويملا ، فما أخذ من الأجر فهو بينهما . وهذه الشركة جائزة عندنا ، خلافا للشافعي ، وهي مما جرى به التعامل في جميع الأعصار .

ثم هي قد تكون مفاوضة ، وقد تكون عنافا .

فالقفاوضة ما ذكرنا فيه لفظة المفاوضة أو ذكرنا ما هو في معنى المفاوضة ، بأن اشترط الصانان على أن يتقلا جميعا الاعمال ^(٢) وأن يضمنا جميعا العمل على التساوى ، وأن يتساويا في الربح والوضيعة ، وأن يكون كل واحد منهما ^(٣) كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه الشركة ، فهي مفاوضة .

وإن شرطنا على أن ما قبلنا من الاعمال وضمننا العمل ^(٤) فعلى أحدهما الثلثان من العمل ، وعلى الآخر الثلث ، والأجر ^(٥) والوضيعة بينهما على قدر ذلك ، فهذا شركة عنان ^(٦) لوجود معنى شركة العنان ^(٧) .

(١) لم يرد « وهي » . وفي ١ : « وأما شركة الاعمال وهي » .

(٢) في ١ : « يتقلا جميع الاعمال » . وفي ب : « يتقلا الاعمال جميعا » . انظر فيما يلي ص ١٦

(٣) « منها » من ا و ب .

(٤) هكذا في ١ . وفي الأصل و ب : « وضمننا العمل لأصحابهم » .

(٥) « والأجر » من ا و ب .

(٦) « عنان » ساقطة من ١ .

(٧) « العنان » ساقطة من ١ .

وكذا إذا ذكرنا لفظة المئان^(١).

وكذا لو أطلقنا في شركة عنان أيضا، استحسانا، لأمهما جميعا قبل الأعمال وضمننا^(٢) تسليم ذلك إلى صاحبه، فيكون ذلك جاريا مجرى المفاوضة في أن العمل عليهما، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل^(٣) أيهما شاء، ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل، وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى، وعلى أيهما وجب^(٤) ضمان العمل: <ف> كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر^(٥)، ولكن لا تكون مفاوضة حقيقة مالم تذكر لفظة المفاوضة أو يوجد معناها وهو ما ذكرنا^(٦)، حتى قالوا في الدين إذا أقر به أحدهما من ثمن صابون أو أثنان^(٧) أو أجر أجيرا أو حانوت قد مضى - فإنه لا يصدق على صاحبه إلا بإقراره أو بينة قامت عليه^(٨)، ويستوى أن تكون الشركة في نوع عمل، <ف> يملان^(٩)

(١) وكذا ... المئان من ا و ب .

(٢) ق ب : « ضمننا » .

(٣) « بالعمل » ليست في ب .

(٤) ق ا كذا : « وجب معناها ضمان » .

(٥) ق ا كذا : « يطالب الأجرة » .

(٦) ق ا : « مالم يذكرنا لفظة المفاوضة أو يوكل وهو ما ذكرنا » .

(٧) « صابون أو أثنان » من ا و ب . والأثنان ما تسلم به الأيدي (المئان) .

(٨) العبارة في الكسائي (٦ : ٧٦ - ١١ : ١٣) : « حتى قالوا في الدين ، إذا أقر

أحدهما بثمن صابون أو أثنان أو غيرهما ، إنه لا يصدق على صاحبه إذا كان البيع مستهلكا لا بإقراره أو بالينة . كذا إذا أقر أحدهما بأجر أجير أو حانوت بدمضى هذه الإجارة . ولأن

كان المبيع لم يستهلك ومدة الإجارة لم تنقض لزمها جميعا بإقراره » .

(٩) ق ب : « محل أن يملأ » . وفي ا : « محل يملان في ذلك » .

ذلك أو يعمل أحدهما عملاً والآخر غير ذلك ، أو لم يعمل^(١) بعد أن ضمنا
جميعا المملين جميعا^(٢) ، لأن الإنسان قد يعمل بنفسه وأجيره .

فإن عمل أحدهما دون الآخر ، والشركة عنان أو مفاوضة ، فلا أجر
بينهما إن^(٣) شرط العمل عليهما والتزما ذلك ، فيكون أحدهما مُعِينَا
للآخر ، كالقصار إذا استعان برجل في القسارة^(٤) .

وكذلك إذا شرط^(٥) لأحدهما زيادة أجر ، أو شرط^(٦) العمل
على قدر الأجر ، والوضيعة كذلك : فهو جائز ، وإن كان عمل الذي
شرط^(٧) له الأجر القليل أكثر ، لأن الربح بقدر ضمان العمل ،
لا بحقيقة العمل .

وإن شرطاً الوضيعة نصفين ، لا يصح ، ويبطل ، وتكون الوضيعة
على ما شرطاً من ضمان العمل والأجر كذلك^(٨) .

ولو جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا ، لأن ذلك بناء على ضمان
العمل ، وقد ضمنا جميعا^(٩) .

(١) في ١ : « أو لم يعمل » .

(٢) « المملين » . ليست في ب . و « جميعا » الثانية ليست في ا و ب .

(٣) في ١ : « كما » .

(٤) فإن القصار يستحق الآخر ، وإن لم يعمل ، لوجود ضمان العمل منه ، لأن الأجر في
منه الشركة إنما يستحق ضمان العمل ، لا العمل - كما سيأتي به قليل (انظر الكاساني ٦٠٦ : ٦٠٠)

(٥) في ا و ب : « شرط » .

(٦) في ب : « وشرطاً » . وفي ١ : « واشترط » .

(٧) في ١ : « العمل القوي شرط » .

(٨) الوضيعة لا تكون بينهما إلا على قدر الضمان (راجع في ذلك الكاساني ٦٠٦ : ٧٧٧)

(٩) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

باب

الشركة الفاسدة

وهي أنواع (١) :

منها - الاشتراك في جميع المباحات التي تملك بالآخذ ، مثل الاصطياد ، والاحتطاب ، والاحتشاش ، والاستقاء ، واجتماع الثمار ، وحفر (٢) المادن . فإن اشتركوا (٣) على أن ما أصابا من ذلك فهو بينهما ، فالشركة فاسدة ، ولكل واحد منهما ما أخذه ، لأن الشركة تقتضي الوكالة ، والوكالة في (٤) الاصطياد ونحوه لا تصح . وإذا فسدت ، فلاخذ سبب الملك ، فيكون ملكا له . ثم ينظر : إن أخذا جميعا مما : فهو بينهما ، لاستوائهما في سبب الملك . وإن أخذ كل واحد منهما شيئا بانفراده وخطاه ، وباعاه : فإن كان مما (٥) يكال و (٦) يوزن : يقسم الثمن على قدر الكيل والوزن الذي لكل واحد منهما ، وإن كان مما لا يكال ولا (٧) يوزن ، يقسم

(١) في أ : قال رحمه الله : أنواع .

(٢) حكاه في أ وب . وفي الأصل : « وخفر » .

(٣) في أ وب : « فإن اشترطا » .

(٤) في أ وب : « على » .

(٥) كذا في أ وب . وفي الأصل : « ما » .

(٦) في أ : « ولا » . وفي ب : « أو » .

(٧) « لا » من ب .

الثلث^(١) بينهما، بالقيمة، فيأخذ كل واحد منها قيمة^(٢) الذي له ، وإن لم يعرف الكيل والوزن والقيمة ، يصدق كل^(٣) واحد منها ، فيما يدعى ، إلى النصف ، وإن ادعى أكثر من النصف فعليه اليانة .

وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله ، فله أجر المثل ، بالما مبالغ عند محمد . وعند أبي يوسف : له أجر مثله ، لا يجاوز به نصف المسمى أو قيمته ، أى^(٤) نصف ذلك الشئ الذي أعانه فيه أو قيمته ، كمن قال لآخر : « بع هذا الثوب على أن نصف ثمنه لك » : فإنه يجب أجر المثل مقدرا بنصف ذلك الثمن .

ومنها أن يكون^(٥) لأحدهما بطل ، وللآخر حمار ، فاشتركا^(٦) على أن يؤجرا ذلك ، فإرزق الله من شئ^{*} فينبها ، فأجرهما جميعا ، بأجر معلوم ، فى عمل معلوم ، وحمل معلوم : فإن هذه الشركة فاسدة ، لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح بأن^(٧) قال لآخر : « أجر بعيرك على أن أجره يتنا » : فإنه فاسد^(٨) - فكذا الشركة .

وإذا فسدت الشركة ، فالأجارة صحيحة ، لوقوعها على منافع

(١) « على قدر الكيل والوزن ... يقيم الثلث » ساقطة من أ .

(٢) فى أ و ب : « بينهما يضرب كل واحد منها بقيمة » .

(٣) كذا فى أ و ب . وفى الأصل : « لكل » .

(٤) فى أ : « إلى » .

(٥) فى أ : « فإن اشتركا ويكون » بدل « ومنها أن يكون » .

(٦) فى أ : « واشترطا » .

(٧) فى أ : « كمن » .

(٨) « فله فاسد » من أ .

معلومة ، يدل معلوم ، فيقسمان ما أخذنا من الأجر : على قدر أجر مثل البخل والحمار^(١).

.

ومنها - أنه^(٢) لو دفع إلى رجل دابة ، ليؤجرها على أن الأجر بينهما ، كان ذلك فاسداً ، والأجر لصاحب الدابة ؛ وكذلك السفينة والدار ، لأنه عقد على ملك الغير بإذنه ، ويجب أجر المثل ، لأنه استوفى منفعة^(٣) ، بسقد فاسد .

.

وفروع آخر - رجل اشترى شيئاً ، فقال له الآخر : « اشركني فيه » - فهذا بمنزلة البيع والشراء ، بمثل ما اشترى ، في النصف ، والتولية أن يحمل كله له بمثل ما اشترى ، على ما مر في كتاب البيوع^(٤) ؛ فإن كان قبل أن يقبض الأول : لم يجوز ، لأنه يبيع المبيع المنقول قبل القبض ، وإن كان بعده : جاز ، ويلزمه نصف الثمن ؛ فإن كان لا يعلم بمقدار الثمن ، فهو بالخيار إذا علم : إن شاء أخذ ، وإن شاء ترك .

ولو اشترى رجلان عبداً ، فأشركا فيه رجلاً بعد القبض : فالقياس أن يكون للشريك النصف ، لأن كل واحد منهما لو أشركه في نصيبه^(٥) ، على

(١) في ب : « فيقسمان ما أخذنا من الأجر على مثل أجر البخل والحمار » .

(٢) « أ » من ا و ب .

(٣) في ا : « منفعة » .

(٤) راجع ص ١٥٤ - ١٥٥ و ص ١٦١ - ١٦٢ من الجزء الثاني .

(٥) في ا : « في نصيبه » .

الانفراد، استحق نصفه^(١)، فكذا إذا أشركاه جميعاً مما^(٢)، وفي الاستحسان: يكون له الثلث، لأن الشركة تقتضي المساواة، فإذا قال له «أشركناك فيه» فكأنهما^(٣) قال «شاركناك»^(٤).

فإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه، فأجاز شريكه ذلك، كالأصل داخل النصف وللأولين النصف، لأمته لما أجاز شريكه في نصيبه^(٥) صار نصف نصيبه له، وقد^(٦) أشركه في نصيب نفسه هذا^(٧)، فيكون ثلثاني^(٨) النصف، وبقي لكل واحد منهما^(٩) الربع^(١٠).

(١) في أوب : « نصف نصيبه » .

(٢) « جميعاً ما » من أ . وفي ب : « أشركاه ما » .

(٣) في أ : « فإذا قال : قد أشركناك - فلانما » .

(٤) في أوب : « ساويناك » .

(٥) « ونصيب صاحبه فأجاز ... شريكه في نصيبه » ساقطة من ب .

(٦) في أ : « ولو » .

(٧) « فعنه » ليست في أوب . وهنا تكرار في ب .

(٨) في أ : « له » .

(٩) « منها » من أوب .

(١٠) زاد في أوب : « والله أعلم بالصواب » .

كتاب

المضاربة^(١)

يحتاج^(٢) إلى معرفة^(٣) : تفسير المضاربة، والألفاظ^(٤) التي بها تنعقد المضاربة، وإلى بيان^(٥) شروط صحتها والشروط المفسدة، وإلى بيان أحكامها.

وأما تفسير المضاربة

فهو دفع المال إلى غيره، ليتصرف فيه، ويكون الربح بينهما على مشروطا : فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لا لثمنه ماله، وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح.

وأما ألفاظ المضاربة

- <ف> أن يقول: دفعت هذا المال إليك مضاربة، أو مقارضة^(٦)، أو معاملة، أو: «خذ هذا المال واعمل فيه على أن ما رزق الله من شيء فهو بيننا نصفان أو على أن لك ربعه أو خمسة أو عشرة» ولم يزد على هذا فهو مضاربة^(٧).

(١) القمى مستمر في - (المخطوط رقم ٧٤٢) - راجع الهامش ١ ص ٣. وانظر فيما بعد الهامش ٢ ص ٢٨.

(٢) في ١: «قال رحمه الله: يحتاج».

(٣) «مرة» من ١.

(٤) والألفاظ «من ١ و ب».

(٥) «بيان» من ١ و ب.

(٦) هكذا في ب والكسائي (٦: ٧٩: ٢ من أسفل - ٨٠). وفي الأصل و ١: «أو مقارضة».

(٧) في ١: «مضارب».

ثم هي نوعان : مطلقة وخاصة .

أما المطلقة - <ف> أن يدفع المال إلى رجل ويقول ^(١) «دفعت هذا المال إليك مضاربة ، على أن الربح يتنا نصفان» .

وأما الخاصة - <ف> أن يدفع إليه ألف درهم مضاربة على أن ^(٢) يعمل بها في الكوفة ^(٣) أو أن يعمل بها في البر أو البحر ^(٤) ، أو قال : «خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام» ونحو ذلك .

وأما شرائط صحتها

فهي - أن يكون رأس المال من الأثمان المطلقة ، فكل ^(٥) ما يصلح رأس مال الشركة ويصح به عقد الشركة ، تصح به المضاربة ^(٦) ، وإلا فلا ، وقد ذكرنا هذا في كتاب الشركة ^(٧) .

وأما المضاربة برأس مال الدين فهو على وجهين :

أحدهما : أن يكون الدين لرب المال على رجل فيقول له ^(٨) : «اعمل بدينني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف» - فإن اشترى بها وباع ، فجميع ما اشترى وباع يملكه ، وله ربحه وعليه ضيعته ، والدين ^(٩) في ذمته بحاله

(١) في الأصل واوب . وقال :

(٢) «الربح يتنا وأما الخاصة أن يدفع إليه ألف درهم مضاربة على أن» ساقطة من .

(٣) في ا : «يعمل فيه بالكوفة» .

(٤) في ا : «يعمل فيها في البر أو البحر» .

(٥) هكذا في اوب . وفي الأصل : «وكل» .

(٦) في ب كلها : «فكل ما يصح رأس ويصح به عقد الشركة يصح به المضاربة» .

(٧) «وقد ذكرنا ... الشركة» من ا . وفي ب : «وقد ذكرنا في الشركة» . راجع فيما تقدم من .

(٨) «له» من اوب .

(٩) في ا : «والتي» .

عند أبي حنيفة ، بناء على أصله ، فيمن وكل رجلا ليشتري بالدين الذي في ذمته : لم يجوز . وعلى أصلها : يجوز هذا التوكيل ويبرأ^(١) من الدين ، فيكون ما اشترى وباع لرب المال : له ربحه^(٢) وعليه ضيقته ، والمضاربة فاسدة ، لأن الشراء وقع للموكل^(٣) ، فيكون مضاربة بالمروض .

وأما إذا قال له^(٤) : « اقض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة » : < فقد جاز ، لأنه أضاف المضاربة إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده .

ومع شرط صحتها - أن يكون الربيع جزءا مشاعا من^(٥) الجملة .
أما إذا عين أن قال : « على أن لك من الربيع مائة درهم أو نحوها » - < فلا يصح ، لاحتمال أن الربيع لا يكون إلا هذا القدر ، فلا يحصل الربيع لرب المال .

وكذا الوصي - لو دفع مال الصبي مضاربة ، وشرط عمل الصغير : فالمضاربة فاسدة ، لبقاء يد المالك على المال^(٦) .

ومنها - انقطاع يد رب المال^(٧) عن رأس المال : شرط صحتها - حتى

(١) هكذا في ١ . وفي الأصل وب : « ويرى » .

(٢) في ب : « وله ربحه » . وفي ١ : « وربه له » .

(٣) في ١ : « فوكيل » .

(٤) « له » من أ ب .

(٥) في ١ : « في » .

(٦) « على المال » من أ . وزي أن هذين السطرين ينبغي أن يكونا بعد السطور الثلاثة

التالية - انظر مالي في المتن .

(٧) في ١ : « يد المالك » .

قالوا في المضارب إذا دفع المال^(١) إلى رب المال مضاربة بالثلث، فالمضاربة الثمانية فاسدة^(٢).

ومنها - إعلم قدر الربح، لأن الربح هو المقصود^(٣)، فجهالة توجب فساد المقد.

فكل^(٤) شرط يؤدي إلى جهالة الربح: يفسد المضاربة. وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح^(٥): يبطل الشرط^(٦)، ويصح المقد. مثل أن يشترط أن تكون الوضعية، على المضارب^(٧) أو عليهما؛ فالشرط يبطل، ويبقى المقد صحيحاً، والوضعية في مال المضاربة. وكذا لو دفع ألفاً مضاربة، على أن الربح بينهما نصفان^(٨)، على أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة، أو على أن يسكنه داره سنة^(٩): فالشرط باطل، والمضاربة جائزة.

وأما الوعظام - فنقول:

المضاربة تشتمل على أحكام مختلفة:

إذا دفع المال إلى المضارب: فهو أمانة في يده^(١٠)، في حكم الوديعة،

(١) «الآل» من أ.

(٢) راجع فيما تقدم الطرين ١١ و ١٢ والمأمع ٦ ص ٢٤.

(٣) في أ: «هو المقود عليه». وفي ب: «المقود».

(٤) في أ: «وكل».

(٥) «يفسد المضاربة... الربح» من أ وب.

(٦) هكذا في أ وب. وفي الأصل: «الفرقة».

(٧) في أ: «المضاربة».

(٨) في أ وب: «أو». وفي الكسائي (١٩: ٨٦٦٦): «على».

(٩) «سنة» ليست في أ.

(١٠) «في يده» من أ.

لأنه قبضه بأمر المالك لا على^(١) طريق البدل والوثيقة .
 فإذا اشترى به فهو وكالة ، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه .
 فإذا ربيع : صار شركة لأنه ملك جزءا من المال بشرط العمل ،
 والباقي ثمن مال المالك ، فهو له ، فكان مشتركا بينهما .
 فإذا فسدت المضاربة ، بوجه من الوجوه : صارت^(٢) إجارة ، لأن
 الواجب فيها أجر المثل ، وذلك يجب في الإجازات .
 فإن خالف المضارب : صار غاصبا ، والمال مضمون عليه ، لأنه تعدى
 في ملك^(٣) غيره .

ثم من حكم المضاربة المطلقة^(٤) العامة أن يتصرف المضارب في^(٥) مال
 المضاربة ما بدا له من أنواع التجارات . وله أن يدفع بضاعة^(٦) و^(٧) ودبعة ،
 ويستأجر الأجير^(٨) و^(٩) الدواب واليوت ، وأن يبيعه^(١٠) بالنقد والنسيئة ،

(١) « على » ساقطة من أ .

(٢) التاء من أوب .

(٣) في أ : « في مال » .

(٤) « المطلقة » ليست في أ . وفي الكاساني (١٨ : ٨٧ : ٦) : « المضاربة نوعان : مطلقة ،
 ومقيدة . فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن
 يملكه . والمقيدة أن يبين شيئا من ذلك » وراجع ص ٢٣ .
 (٥) هكذا في أوب . وفي الأصل : « من » .

(٦) الإيضاح استعمال شخص في المال بغير عوض (الكاساني ٦ : ٨٧ : ٨٧ : السطر الأسفل)
 أي أن يدفع المال لشخص ليتجر به لصاحب المال ويكون كل الربح لصاحب المال فيكون المستبضع
 وكلا يعتبرهما (انظر الزيلعي ، ٥ : ٥٣) .

(٧) وأو السلف ليست في أوب .

(٨) في أوب : « الأجراء » .

(٩) هكذا في أوب . وفي الأصل : « أو » .

(١٠) في ب : « وله أن يبيعه » . وفي ب : « وأن يبيع » .

وبوكل وكلا في الشراء والبيع . وله أن يرهن ويرهن^(١) في المضاربة .
وله أن يسافر بالمال في الطريق الذي يسافر فيه التجار .
وليس له أن يقرض وأن يستدين^(٢) على المضاربة ، وأن يأخذ سَفْتَجَة^(٣) ،
حتى يأمره بذلك . وليس له أن يدفع المال إلى غيره مضاربة ، وأن يشارك
به^(٤) ، وأن يخطئه^(٥) ، بماله ولا بمال غيره . في قولهم جميعا^(٦) .
وفي الرواية المشهورة : له أن يأخذ لعبد المضاربة في التجارة^(٧) .
لأنه عادة التجار^(٨) .

وأما المضاربة الخاصة - < فهي > . فيما ذكرنا من الأحكام ، مثل
المضاربة العامة ، وإنما تفارقها في قدر الخصوص ، وهو أن يتقيد^(٩) بالمصر

(١) « ويرهن » من ا و ب .

(٢) في ا : « ولا أن يستدين » .

(٣) قال صاحب الناية (٦ : ٣٥٥) : « السَفْتَجَة جمع سَفْتَجَة بضم السين وفتح التاء :
فارسي مررب - أصله سَفْتَة : يقال لفتى المحكم - وسمى هذا القرض به لإحكام أمره . وصورتها أن
يدفع لل تاجر مالا قرضاً ليُدفعَ إلى صديقه . وقيل : هو أن يقرض إنساناً مالا ليضيه المستقرض
في بلد يريد القرض وإنما يدفعه على سبيل القرض لأعلى سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر
الطريق ، وهو نوع تقع استيفاء بالقرض . وقد نسي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر
نقماً . وقيل : هذا لئلا كانت النفقة معروفة . وأما لماذا لم تكن فلا بأس بذلك » .

(٤) هكذا في ا و ب . وفي الأصل : « يشاركه » .

(٥) « المأ » من ا و ب .

(٦) « جميعا » من ا و ب .

(٧) في ا : « لبيد في التجارة » . وفي الكاساني (٦ : ٨٨٢ : السطر الأسفل) : « وله
أن يأخذ لبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية » .

(٨) في ب : « التجارة » .

(٩) في ا و ب : « يتقيد » .

الذى قيدها^(١)، بأن دفع المال مضاربة ليعمل بها فى الكوفة، فليس له أن يخرج المال من الكوفة بنفسه، ولا يعطيها أيضا بضاعة لمن يخرج بها عن الكوفة، فإن أخرجهما من الكوفة ضمن، فإن اشترى بها وباع فما اشترى فهو لنفسه، وإن لم يشتريها شيئا حتى يردده إلى الكوفة يرى من الضمان ورجع المال^(٢) مضاربة على حالها، كاللودع إذ خالف فى الوعدة ثم عاد إلى الوفاق. ولو دفع إليه على أن يعمل فى سوق الكوفة فعمل بالكوفة فى غير سوقها، فهو جائز على المضاربة، استحسانا - لا لأنه لا^(٣) فيد غالبا. ولو قال له: «لا تعمل إلا»^(٤) فى سوق الكوفة - فعمل فى غير السوق^(٥)، فباع واشترى، فهو ضامن، لأن هذا حجر، والأول تخصيص، وإنما يصح التخصيص إذا كان مفيدا، والحجر عن التصرف فى ملك نفسه جائز، ولا يصح التصرف بدون إذنه^(٦).

ثم فى المضاربة المطلقة إذا نهى رب المال أن يخرج المال من المصر الذى اشتراه منه^(٧) وعلم بالنهى، فليس له أن يخرج به، وحاصل هذا أن

(١) كلمة «المصر» يميز فيها التذكير والتأنيث (المصباح). وفى «هـ» «هـ».

(٢) انتهى القصص الموجود فى «واقدي» أشرة إلى من قبل قيل كتاب الإجارة وفى أول كتاب الإجارة والشركة والمضاربة (راجع الهامش ٧ ص ٥٦٠ و ١ ص ٥١٤ و ٢ ص ٢٠٠). وفى هذا الجزء الهامش ١ ص ٣ والهامش ١ ص ٢٢.

(٣) «لا» من أ و ب و هـ. وكذا فى الكشاف (٢١٩٩٦).

(٤) «إلا» ليست فى «هـ».

(٥) فى «هـ» فى غير سوق الكوفة.

(٦) فى أ و ب و هـ «فلا يصح بدون إذنه».

(٧) فى أ و ب و هـ «فيه».

في المضاربة المطلقة إن خصصها رب المال بعد العقد :
فإن كان رأس المال بحاله أو^(١) اشترى به متاعاً ثم باعه وقبض منه دراهم
و^(٢) دنانير : فإن تخصصه جائز^(٣) ، كما لو خصص المضاربة في الابتداء .
لأنه يملك التخصيص إذا كان فيه فائدة .

أما إذا كان مال المضاربة عروضا : فليس يصح نهي رب المال حتى
يصير نقداً ، وذلك نحو أن يقول : « لا تبع بالنسيئة » ، لأن المضاربة تمت^(٤)
بالشراء ، ولو أراد العزل عن البيع ، لم يصح عزله ، فكذلك عن صفته .
ومنها أن المضارب ليس له أن يتفق من مال المضاربة ما دام في مصره .
وإذا سافر أتفق من مال المضاربة لتفخته ، وكسوته ، ومركوبه ، وعلف
دوابه ، وثققة أجيره ، ومؤوته ، وما لا بد في السفر منه^(٥) عادة ، إلا
مؤونة الحجابة والحضاب والثورة^(٦) : فهو من ماله .

وروى الحسن أن كل ما يثبت فيه^(٧) ثقة الإنسان ، كان فيه الدواء
والحجابة ، في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وكذلك الدهن^(٨) .
وقال محمد : الدهن^(٩) في ماله .

(١) هكذا في أو . وفي ب : « و » . وفي الأصل : « لو » .

(٢) في أو : « أو » .

(٣) هكذا في أو ب و . وفي الأصل : « جائز » .

(٤) في أو : « ثبت » .

(٥) منه « من ب » .

(٦) الثورة حجر الكلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زديخ وغيره
وتستعمل لإزالة الشر (المصباح) .

(٧) في أو : « كل مال ثبت فيه » .

(٨) في أو ب و : « كذا » : الرهن . انظر الهامش التالي .

(٩) في ب : « الرهن » . وفي أ : « ثقة الرهن » . راجع الهامش السابق .

ولو أقام في مصر من الأثمار . لبيع والشراء ، ونوى الإقامة
خمس عشرة يوما - فنفته من مال المضاربة^(١) ، ما لم يتخذ من المصر^(٢)
دارا للتوطن .

ثم إذا دخل مصره فما فضل من نفقته وكسوته يرد إلى مال المضاربة .
ثم < مقدار > النفقة التي أنفق يحسب كله من الربح إن كان
ربح^(٣) ، وإن لم يكن^(٤) فهو من رأس المال .

وما أنفق ، من ماله ، فيما له أن ينفقه من مال المضاربة ، على نفسه^(٥) ؛
فهو دين في^(٦) المضاربة ، كالوصى إذا أنفق ، على الصغير ، من مال
نفسه ، لأن تدبير ذلك مفوض إليه^(٧) .

.

ومنها - أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ، حتى إنها لو
اقتسما الربح ، ورأس المال في يد المضارب ، فهلك : فما أخذ رب المال من
الربح يكون محسوبا من رأس المال ، ويرجع على المضارب فيما قبضه حتى
يتم^(٨) رأس المال ، فإن فضل فهو ربح بينهما^(٩) .

(١) « لبيع والشراء ... مال المضاربة » صافقة من ا و - . وفي الأصل : « إقامة » .

(٢) في ا و ب - : « في المصر » .

(٣) هكذا في ب . وفي الأصل وا و - : « إن كان له ربح » .

(٤) في ا و ب : « وإن لم يكن في المال ربح » . وفي - : « ولأن لم يكن له في المال ربح » .

(٥) « على نفسه » ليست في ا و - .

(٦) في ا و - : « على » .

(٧) « إليه » ليست في ا و - .

(٨) في ب : « حتى يستوفى » . وانظر الخامس ٤ ص ٣١ .

(٩) في ا و - : « فإن فضل من الربح شيء فهو بينهما » . وانظر الخامس ٤ ص ٣١ .

ولو هلك رأس المال في يد المضارب، قبل أن يشتري به شيئاً، يهلك أمانته، وتنفسخ^(١) المضاربة، لأن المال يتعين في المضاربة.

والقول في المضاربة الصحيحة قول المضارب، وفي الفاسدة قول رب المال^(٢).

فأما إذا اشترى بالمال رقيقاً، فهلك الرقيق، فهو على المضاربة^(٣).

ولو كان رأس المال ألفاً، فاشترى به شيئاً، فهلك الألف، قبل التسليم - فإنه يرجع^(٤) هو بالألف على رب المال ثانياً وثالثاً ورابعاً، وذلك كله^(٥) رأس المال، لأن المضاربة قد تمت.

ولو مات المضارب، ينفسخ عقد المضاربة، لعجزه عن العمل به^(٦)، فصار كما لو عزله، إلا أن في العزل لا بد من العلم وفي الموت ينفسخ وإن لم يعلم، لأنه فسخ حكماً.

(١) في «٥» تنفسخ. وفي «١» تنفسخ.

(٢) قول رب المال «ساقطة من أ».

(٣) في أ و «١» على المضارب.

(٤) ولو كان رأس المال ... فإنه «ساقطة من أ و ب و ح ضيا : فهو على المضارب يرجع هو ... إلا أن في ب «على المضاربة» وفي الكاساني (٦ : ١٠٧ : ٢٥٠) : «... وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربيع قبل قبض رأس المال حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالثمن فبيع ألفاً فاقبض الربيع ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الألف التي في يد المضارب بعد قبضها الربيع فلا القسمة الأولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرد له رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربيع حتى يستوفى رب المال رأس المال».

(٥) هنا زاد في «٥» من «١» وفي «١» ين.

(٦) «١» «٢» ليست في أ و ب و ح.

وكذلك **إفادات وب المال** : ينسخ ^(١) ، سواء علم المضارب بموته أو لا ، لأنه فسخ حكى .

وهذا إذا كان المال نقدا . فأما إذا كان المال ^(٢) عروضاً : فإن بيع المضارب جائز ، حتى يصير نقدا فيؤدى ^(٣) رأس المال ، و ^(٤) لا ينزل بالزلل صريحا . وكذلك بالموت .

ثم المضاربة متى فسدت ، وقد بيع فيها ، فالربح للمال ، والمضارب أجر المثل ، لأن استحقاق رب المال ^(٥) الربح لكونه نماء ماله ، والمضارب إنما يستحق بالشرط ، وقد فسد المقد ^(٦) ، لكن عمل له ^(٧) بحكم عقد فاسد ، فيلزمه أجر المثل .

وكذا إذا لم يبيع لأنه استعمله مدة في عمله فكان عليه أجر العمل . وفي **المضاربة الصحيحة** ، إن لم يكن ربح ، فلا شيء للمضارب لأنه عامل لنفسه ، فلا يستحق الأجر . والله أعلم .

(١) « ينسخ » ليست في .

(٢) « المال » من أ .

(٣) زاد هنا في أ و ب : « به » .

(٤) هكذا في أ و ب و ج . وفي الأصل : « كأنه لا ينزل » والمعنى أنه لا ينزل المضارب بالزلل المحكى إذا كان المال عروضاً يلزمها بعد الزلل كما لا ينزل بالزلل القصدي في تلك الصورة لأن عدم عمل الزلل فيها لا يلزم لإبطال حق المضارب ولا تماوت في ذلك بين ذبك الزلين ، قاضى زاده ، نتائج الأفكار ، ٧ : ٧٧ . وراجع الكاساني ، ٦ : ١١٧ : ٢٢٢ .

(٥) في ب : « المضارب » وهو خطأ .

(٦) في أ و ب و ج : « عقد المضاربة » .

(٧) في ب : « فسد عقد المضاربة لا عمل له » .

كتاب الصرف

الصرف^(١) اسم لبيع الذهب والفضة ، والتبر^(٢) ، والمضروب
والمصوغ في ذلك سواء ، وكذلك الجنس وخلاف الجنس ، والمفرد
والمجموع مع غيره^(٣).

(١) في ١ و ٢ : « قال رحمه الله : الصرف » .

(٢) التبر ما كان غير مضروب من الذهب والفضة (انظر المغرب) .

(٣) هكذا في الأصل . وفي ب : « الصرف اسم لبيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ،
والتبر المضروب والمصوغ في ذلك سواء ، وكذا الجنس وخلاف الجنس ، والمفرد والمجموع مع غيره » .
وفي ج : « الصرف اسم لبيع الذهب والفضة إذا باع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو التبر بالتبر
أو المصوغ بالمصوغ والمضروب في ذلك وكذلك الجنس بخلاف الجنس والمفرد والمجموع مع غيره » .
وفي أمثل ما في ج : « لا أن في أ : « أو المصوغ بالمصوغ أو المضروب بالمضروب في ذلك
سواء » - ولعل عبارة ب خير . وفي الكاساني (٥ : ٢١٥ : ١٥) : « فالصرف في متعارف
الشرح اسم لبيع الائتمان المطلقة بعضها بعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة وأحد
الجنسين بالآخر » . وفيه أيضا (٥ : ٢١٦ : ٢ من أسفل - ١٧) : « وسواء كان ديناً
بدين وهو الدراهم والدنانير أو عينا بدين وهو التبر والمصوغ أو ديناً بدين وهو الدرهم والدنانير
بالتبر والمصوغ لأن ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب التصل بين الدين والدين وسواء كان مفرداً
أو مجموعاً مع غيره كما إذا باع ذهباً وتوباً بفضة مفردة لأن الفضة تنقسم على الذهب والتوب فما
قابل الذهب يكون صرفاً فيشترط فيها القبض وما يقابل التوب يكون فيما مطلقاً لا يشترط فيه
القبض ... » . وفيه : « وقد تقدم في باب السلم من كتاب البيوع (٢٨ ص ٤) قوله : « بيع الدين
بالدين - وهو بيع للتمن المطلق بالتمن المطلق ، وهو الدراهم والدنانير - ولأنه يسمى عقد الصرف » .
وراجع بيان التمن والمبيع في الجزء الثاني ، ص ٥١ - ٥٥ .

يسمى هذا العقد « صرفاً » ، لاختصاصه بالتقايض^(١) والصرف من يد إلى يد .

ومحكم - حكم سائر الموزونات والمكيلات^(٢) في جريان ربا الفضل والنساء^(٣) ، وذلك عند اتحاد الجنس والقدر^(٤) . وإنما اختص من سائر البياعات بثلاثة أشياء :

أحدها - أنه لا يصح بدون تقايض البدلين ، قبل افتراق الماقيدين بأنفسهما . فإذا عقدا عقد الصرف ، بأن باع ديناراً بدينار أو ديناراً بمشرة دراهم ، سواء كانا حاضرين وقت العقد أو لا : فإنه يتم العقد وينفذ إذا وجد التقايض قبل افتراق الماقيدين^(٥) .

وكذلك إذا كان مجموعاً مع غيره ، بأن باع ذهباً وثوباً ، بفضة أو ذهب - فالفضة تنقسم على الذهب والثوب : فما يكون بمقابلة الذهب يكون صرفاً وما يقابل الثوب يكون ريباً . فإذا قبض حصة الذهب من الفضة ، وقبض الآخر الذهب بحصة الفضة - جاز ، وإن لم يقبض حصة الثوب ؛ لكن الشرط افتراق الماقيدين ، سواء كانا مالكيين أو نائبيين كالوكيل والائب والوصى ، لأن القبض من تمام عقد الصرف فيعتبر بالماقيدين ، فإن وجد أحد البدلين زيوفاً

(١) في ١ : « بالتقايض » .

(٢) في ١ و ٢ : « حكم سائر المكيلات » .

(٣) زادهنا في ١ و ٢ و ٣ : « سواء » . راجع في الجزء الثاني باب الربا (ص ٣١) وما بعدها .

(٤) وذلك عند اتحاد الجنس والقدر « ليست في ب » .

(٥) في ١ و ٢ : « بدون التقايض بالبدلين قبل » . وفي ب : « بدون تقايض قبل » .

(٦) « بأنفسهما فإذا عقدا ... افتراق الماقيدين » ليست في ب .

أو نهرجة^(١) فحكم المسألة مع فروعا قد ذكرناه في كتاب السبع^(٢) .
والثاني - أن لا يكون فيه خيار شرط، لها^(٣) أو لا أحدها .
والثالث - أن لا يكون لهما ، أو لا أحدها ، أجل في الصرف .
فإذا أبطلا الخيار، أو مات^(٤) من له الخيار، قبل افتراق الماعدين^(٥) :
يجوز الصرف ، استحسانا^(٦) ، عندنا - خلافا لزمفر .
وكذا إذا أبطلا الأجل في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد ، وعن^(٧)
أبي يوسف روايتان .

وإن افترقا ولا أحدهما خيار رؤوية بأن كان مصوغا - أما في المضروب
<ف> لا يثبت خيار الرؤوية ، لأنه لا فائدة فيه^(٨) ، كما في السلم فيه -
<ف> لا يفسد العقد^(٩) ، لأنه خيار حكيم^(١٠) .

(١) الدرهم الزائف هو الرديء . وزافت الدراهم أي صارت مردودة لنش فيها -
والدرهم البهريج الدرهم الرديء ، الذي فضته رديئة ، الدرهم المُنْبَطَّل الليكئة (السان) .
(٢) في باب السلم - راجع ص ٢٤ - ٣٠ من الجزء الثاني . وكذا الكسائي ٥٠ :
٢٢٠ : ٢٢٠ وقد أحال على ما ذكر في السلم ٢٠٥ : ٢٠٥ : ٢٠٥ وما بعده .

(٣) « لها » ساقطة من - .

(٤) « مات » ساقطة من ا و ب و ح .

(٥) « قبل افتراق الماعدين » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « أو مات من له الخيار
من الماعدين يجوز ... » .

(٦) « استحسانا » ليست في ا و ح .

(٧) « في ب » وعند » .

(٨) « فيه » من ا و ب و ح .

(٩) المني أنه لو افترقا وفي الصرف خيار رؤوية : جاز - ولكن لا يتصور في النقد وسائر
الديون خيار الرؤوية ، لأن النقد ينقد على مثلها ، لا على عينها ، فلا يكون هناك فائدة في الخيار ،
لأن قيام العقد يقتضي ولاية المطالبة بالمثل ، فإذا قبض يردده يطالبه بأخروها هكذا (راجع في ذلك :
ابن المهنا ، فتح القدير ، ٣٦٧ : ٥٠ . والكسائي ، ٢١٩ : ٦ من أسفل) .

(١٠) أي يثبت بدون اشتراط كما سيتبين في المتن فيما يلي .

وكذا خيار العيب .

وكذا خيار الإجازة، بأن وجد الصرف من القضولين على غيره^(١)، فإذا بلغه كان له خيار الإجازة، وإنه لا يفسد، لأنه خيار يثبت حكماً. والمفسد خيار الشرط لا غير .

ولو تصارفا ديناراً بدينار^(٢)، وسلم أحدهما الدينار^(٣)، وأبرأ صاحبه عن الدينار^(٤) أو وهب منه :

فإن قبل الذي عليه الدين ما أبرأه منه أو وهب له : بطل الدين عنه ، وانتقض الصرف ، لأن البرائة توجب سقوط القبض، الذي هو مستحق حقاً للشرع في الصرف، فإذا اتفقا على إسقاطه : بطل العقد ، بفواته . وإن لم يقبل الذي عليه الدين البرائة : لاتصح، لأنها^(٥) سبب للفسخ^(٦)، فلا يثبت بقول أحد المتعاقدين بعد صحة العقد ، ولو استبدل عن ذلك الدينار شيئاً بخلاف جنسه ، فالبيع فاسد ، لأن فيه تفويت القبض الذي هو حق الشرع - وإذا لم يصح هذا ، بقي عقد الصرف، وقد وجد قبض أحد البديلين ، فعليه أن يقبض الآخر ، ويتم العقد الأول بينهما .

(١) في أ و ح : « على البائع » .

(٢) في أ و ح : « بدينار دين » .

(٣) في ب و ح : « وسلم الدينارين » . وفي أ و ح : « وسلم الدينارين دين » .

(٤) في أ و ب و ح : « الدينار الدين » .

(٥) و(٦) « لأنها » من أ و ب و ح . وفي الأصل : « لأنها » . والكلام على البرائة - وتكون

هنا سبباً للفسخ لأنها تجعل البدل بحال لا يصور قبضه فكانت في معنى الفسخ فلا تصح إلا بتراميهما كمرح الفسخ (انظر الكاشاني ٥٠ : ٢١٨ : ٦ - ١٢) .

وإن أخذ عن الدينار الذي عليه ^(١) ديناراً أردأً مما سمي ^(٢) أو زيوفا : فإنه يجوز ، ولا يكون استبدالاً ، لأنه من جنس حقه ، إلا أنه ناقص الوصف ، والجيد والرديء سواء ههنا .

فإن امتنع الواهب والمبرى ^(٣) أن يأخذ ما وهب له ^(٤) > أو أبرأ ^(٥) ، فإنه يجبر على ذلك ، لأن في ترك قبض ذلك فساد ^(٦) عقد النحر .

ولو باع ديناراً بمشرة دراهم ^(٧) ، وسلم الدينار ، ولم يقبض المشرة ، وكان لمشتري الدينار على بائعه عشرة دراهم ^(٨) ، فأراد المقاصة فبئنا ثلاث مسائل : إحداهما - أن المشرة التي على البائع وجبت عليه قبل الصرف ، بقرض أو غصب ^(٩) أو من مبيع ^(١٠) ، فأراد أن يجعل من الدينار ، وهو المشرة ، قصاصاً بذلك الدين : فإن أجمعا على ذلك : جاز ، وكان قصاصاً ، وإن لم يجمعا

(١) في ا و ب و ح : « عن الدينار الثمن » .

(٢) كذا في ب و ح . وفي الأصل وا : « رديئاً مما سمي » .

(٣) « المبرى » من ب . وفي الأصل واو ح : « والمشتري » . وفي الكاساني (٢١٨ : ١٠) : « ولو أبرأ المبرى أو الواهب أو المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهب أو تصدق يجبر على القبض ، لأنه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد الماخذين لا ينفرد بالقسخ » .

(٤) « له » ليست في ا و ح .

(٥) راجع فيما سبق المامش ٣ .

(٦) فساد « ليست في ا و ح . راجع فيما سلف المامش ٣ .

(٧) و (٨) دراهم « من ا و ب و ح .

(٩) في ا و ح : « من قرض أو بغصب » .

(١٠) هكذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « يبع » - وقد تكون « يبع » بمعنى

« مبيع » (المصباح) .

على^(١) ذلك: لم يكن قصاصا - وهذا جواب الاستحسان ؛ والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر .

والثانية - أن يصير قصاصا وإن لم يتقاصا، وهو أن تكون العشرة دينا^(٢)، على بائع الدينار ، قبض مضمون ، بعد عقد^(٣) الصرف - بأن غصب منه عشرة أو أقرضه عشرة ، وسلمها إليه ، فيصير قصاصا بتمن الصرف وإن لم يتقاصا^(٤) .

والثالثة - وهو أن تجب العشرة، على بائع الدينار ، بعقد متأخر عن عقد الصرف: فلا يصير قصاصا بتمن الصرف^(٥)، وإن تقاصا^(٦) .

وأصل هذه المسائل ذكرناها^(٧) في اليوع^(٨) .

(١) هكذا في ا و ب و ج . وفي الأصل : « وإن لم يجمل ذلك » .

(٢) « دينا » ليست في ا و ج .

(٣) في ا و ج « قبل عقد » . وفي ب « بعقد » . والكاساني تكلم على هذه المسألة في السلم وهو نفس الحكم في الصرف (الكاساني ٥ : ٢١٨ : ٨ - ٧ من أسفل و ٢٠٧ : ٩) فقال « فأما إذا وجب بالقبض كالنصب والقرض فإنه يصير قصاصا سواء جلاء قصاصا أو لا بد أن كان وجوب الدين الآخر متأخرا عن النقد لأن النقد إن المقد موجبا قبضا حقيقة فقد وجد هنا لكن قبض النصيب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال لأنه واجب وقبض النصيب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان ليقاؤه عن الواجب أول » (الكاساني ، ٢٠٦ : ٥٥ - السطر الأسفل - ٢٠٧) . راجع في ذلك : التزيلي ، ٤٠ : ١٤٠ ، وابن المهام والبايرق ، ٥ : ٣٧٩ - ٣٨١ .

(٤) في ب : « وإن لم يتقاصا » . وفي الكاساني : « سواء جلاء قصاصا أو لا » - راجع فيما سلف الهامش ٣ .

(٥) « وإن لم يتقاصا والثالثة بتمن الصرف » ساقطة من ا و ج .

(٦) في ا و ب و ج : « وإن تراضيا » .

(٧) « ذكرناها » من ب - وفي ا و ج : « ذكرنا » .

(٨) أصل هذه المسائل مسألة الاستبدال، وقد ذكرها في باب السلم (راجع ص ١٩ - ٢٠

٢ - ٣) . وهذا أشار الكاساني إلى ذلك في الصرف (٥ : ٢١٨ : ٢٧ - ٢٨) وأحال على ما ذكره في السلم (٥ : ٢٠٧ - ٢٢ : ٢٠٧) . وانظر فيما تقدم الهامش ٣ .

باب آخر منه

أصل^(١) الباب أن ما يجوز البيع فيه متفاضلا، يجوز فيه البيع مجازفة، وما لا يجوز فيه البيع متفاضلا، لا يجوز فيه البيع مجازفة.

... إذا باع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مجازفة - لا يجوز، لأنه لا يجوز البيع فيه متفاضلا، فكذلك^(٢) المجازفة، لاحتمال الزيادة في أحدهما^(٣). ويستوى الجواب بين أن لا يعرف المتبايعان وزن كل واحد منهما، أو كانا يعرفان وزن واحد دون الآخر، أو كان أحدهما يعرف والآخر لا يعرف^(٤). فإن وزنا في المجلس، فكانا سواء في الوزن؛ فالبيع جائز، استحسانا، وإن تفرقا قبل الوزن، ثم وزنا، واستويا في الوزن. فالبيع فاسد. وقال زفر: إذا استويا في الوزن، جاز^(٥) في الحالين.

والقياس ما قاله، لأن الفساد لا أجل لاحتمال الفضل، وقد تبين أنه لا فضل، ولكننا نقول: إن علم المتعاقدين بالتساوي بين البدلين شرط^(٦) جواز

(١) في أ و ح: «قال رحمه الله: أصل».

(٢) هكذا في ب. وفي الأصل: «وكذلك».

(٣) «لا يجوز لأنه لا يجوز البيع... في أحدهما» ساقطة من أ و ح.

(٤) «يرف والآخر لا يعرف» من أ و ب و ح.

(٥) في أ و ح: «فالبيع جائز».

(٦) في أ و ح: «بالتساوي القوي هو من شرط».

المقد ، فيعتبر عند المقد^(١) ، إلا أن للجلس حكم حالة واحدة ، فكان كالملم عند المقد .

— وأما إذا كان بخلاف الجنس ، بأن باع الذهب بالفضة مجازفة : جاز^(٢) ، لأنه جاز البيع فيها متفاضلا . ولهذا قالوا : إذا باع قلب فضة محشوا^(٣) ، بدرهم^(٤) ، < و > لا يعلم قدر وزن^(٥) القلب : فالبيع باطل ، وقال زفر : جائز ، إلا أن يعلم التفاضل .

وعلى هذا :

— القسمة إذا وقعت فيما يجري فيه الربا : لا^(٦) تجوز مجازفة في الجنس الواحد ، وتجاوز في مختلفي الجنس .

— ولو باع السيف بالسيف ، وأوأنى الصغر^(٧) بجنسها ، مجازفة : جاز ، لأنه جاز التفاضل^(٨) .

— ولو باع فضة فيها غش ، بفضة مثلها ، والفضة غالبية ، فحكمها حكم الفضة : لا يجوز بيعها^(٩) بالفضة الخالصة إلا سواء بسواء ، يدا يد .

(١) « فيعتبر عند المقد » ليست في أ .

(٢) « جاز » ساقطة من ب .

(٣) « محشوا » ليست في أ وغير واضحة في ب .

(٤) « في ب و » : « بدرهم » .

(٥) « وزن » من أ و ب . وفي ب : « لا يعلم وزن القلب » .

(٦) « لا » ليست في ب .

(٧) « الصغر الحاس . وفي ب و » : « الصغير » .

(٨) انظر الكلاسي : ٥٠ : ١٨٥ : ١٦ .

(٩) « بيعها » من أ و ب و ج .

وإن كان الفش هو الغالب: فحكمها ^(١) حكم النحاس الخالص : لا يباع بالنحاس ^(٢) إلا مثلاً بمثل ، يبدأ بيد .

وإن كان الفش مع الفضة سواء : فيكون حكمه حكم الفضة في أنه ^(٣) لا يجوز أن يباع إلا وزناً ، ولا يجوز بيعه مجازفة وعدداً . وإذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع ، يراعى فيه طريق الاعتبار : إن علم أن الفضة الخالصة أكثر ، حتى تكون الفضة بإزاء الفضة وزناً ، والزيادة بإزاء الفش : جاز البيع ^(٤) . وإن كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التي في المشوش ، أو مثلاً ، أو لا يدري ^(٥) : لا يجوز ، لما فيه من الربا .

— ولو باع سيفاً على بذهب أو فضة : إن باع بجنس الحلية والتمن أكثر من الحلية : جاز ، وتكون الحلية ^(٦) يميناً ، بمثل وزنها ، والفضل ^(٧) بإزاء الجفن والحائل ، لأن الأصل عندنا في تقسيم الثمن على المبيع ، وإذا كان أشياء بعضها من جنس الثمن والبعض لا ^(٨) ، صرف الثمن إلى جنسه بمثل وزنه ^(٩) على وجه فيه تصحيح المقدم ما أمكن ، وذلك في صرف بعض

(١) هكذا في ب . وفي الأصل واو ح . : « فحكمه » .

(٢) « بالنحاس » ليست في ا و ح .

(٣) كذلك في ح و ب . وفي الأصل وا : « في أن » .

(٤) « جاز البيع » من ا و ح . وقد نقل الشافعي على الزبائني (١٤١ : ٤) هذه العبارة

من النسخة ولكنه قدم « جاز البيع » على « حتى تكون الفضة ... الخ » .

(٥) « أو لا يدري » ليست في ب .

(٦) « الحلية » من ا و ب و ح .

(٧) في ب : « والفضة » .

(٨) « بعضها ... لا » من ا و ب و ح .

(٩) « صرف الثمن إلى جنسه بمثل وزنه » ليست في ا و ب و ح . انظر الهامش التالي .

التمن إلى جنسه بمثل وزنه^(١) والبعض إلى خلاف الجنس على طريق الاعتبار وذلك ما قلنا .

وأما إذا كان التمن مثل الحلية أو أقل : < ف > لا يجوز ، لأنه يبقى الجفن والمخائل فضلا في بيع الربا .

وكذلك إذا كان لا يعلم أو^(٢) اختلف التجار في ذلك : فإن علم أن الحلية أقل في المجلس^(٣) : يكون جائزا عندنا^(٤) ، وإن علم بعد الافتراق : لا يجوز عندنا - خلافا لزمفر ، كما في بيع^(٥) المجازفة^(٦) .

وهذا إذا قبض حصة^(٧) الحلية في المجلس ، فأما إذا تفرقا قبل أن يتقابضا ، أو قبض أحدهما دون الآخر - فإنه ينظر :

إن كانت الحلية^(٨) مما لا يتخلص عن السيف إلا بضرب : فسد البيع كله^(٩) .

وإن كانت تتخلص بغير ضرر : جاز في السيف ، وفسد^(١٠) في

(١) « بمثل وزنه » من أوب و ح - عبارة أوب و ح كما يأتي : « لأن الأصل عندنا في تقسيم التمن على المبيع ، إذا كان أشياء بعضها من جنس التمن والبعض لا ، على وجهيه نصيب القصد ما أمكن ، والتصحيح في صرف بعض التمن إلى جنسه بمثل وزنه ، والبعض إلى خلاف الجنس ، على طريق الاحتجار ، وذلك ما قلنا » .

(٢) في ب : « و » .

(٣) في أوب و ح : « فإن علم في المجلس أن التمن أكثر » .

(٤) « عندنا » ليست في أوب و ح .

(٥) « بيع » من أوب و ح .

(٦) راجع فيما تقدم ص ٤٩ - ٤٠ .

(٧) « حصة » من أوب و ح .

(٨) « الحلية » من أوب و ح .

(٩) في أ و ح : « في كله » .

(١٠) في ب : « ويطل » .

الحلية ، لأن المقدر بقدر الحلية يكون صرفاً ، وفي حق السيف يكون
 فيما مطلقاً ، والتقابض شرط صحة الصرف لا غير - فإذا كانت تتخلص
 الحلية من غير ضرر ، فكأنها شيئان منفصلان ، ولهذا جاز المقدر في
 أحدهما دون الآخر ، ولذا جاز أن يبقى . فأما إذا كانت لا تتخلص إلا
 بضرر فسد كله : في حصة الحلية : لعدم التقابض ، وفي حصة السيف : لأنه
 بيع شيء لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحق البائع ، وابتداء البيع على هذا
 الوجه مفسد للبيع ، فكذلك في حالة البقاء ، كما إذا باع جذاً في سقف^(١) ،
 حتى لو فصل الحلية عن السيف ، وسلم : جاز ، ويجبر المشتري لتغير^(٢)
 صفة المبيع .

- ولو باع السيف المحلى بمجنس الحلية^(٣) أو بخلاف جنس < ا > من
 الذهب والفضة ، والتمن أكثر من الحلية ، ولا أحدهما خيار الشرط في
 البيع ، أو^(٤) كان شرط تأجيل الثمن^(٥) في^(٦) المقدر ، ثم تفرق عن^(٧) قبض :
 < ف > إن كانت الحلية مما لا يتميز إلا بضرر : فسد البيع في الحلية ،
 بالتأجيل والخيار المفسدين للصرف^(٨) ، وفسد في السيف ، لأنه لا يجوز

(١) راجع ص ٦٧ - ٦٨ . والكسائي . ١ : ١٦٨ : ٣ - ١٣ و ١٤ .

(٢) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لتبين » وقد تكون « لتتير » .

(٣) في ب : « بمجنس مافي الحلية » . وفي ا و ح : « بمجنس مافي الحلية » .

(٤) في ا و ح : « لو » .

(٥) « والفضة والتمن أكثر ... تأجيل الثمن » ليست في ب .

(٦) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من غير » . راجع الكسائي . ١ : ٢١٩ : ٢٢ .

(٨) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « المفسدين للصرف » ، وراجع فيما تقدم ص ٣٥ - ٣٦ .

وأفراد بالمقد ، لما فيه من إلحاق^(١) الضرر بالبائع ، بالتسليم منفصلا .
وإن كانت تتميز من غير ضرر : فسد العقد فيها عند أبي حنيفة وأبي
يوسف ، لأن الصفقة اشتملت على الصحيح والفاقد ، والفساد في نفس
المعقود عليه ، وفي مثل هذا يشيع الفساد في الكل عندهما . وعند محمد :
يجوز البيع في السيف ويبطل في الحلية ، لأن الصفقة اشتملت على
الصحيح والفاقد ، وللفاقد قيمته^(٢) ، فيصح في الصحيح ، ويفسد في الفاسد .
وإذا اشترى من الرجل قلب فضة وزنه عشرة ، بعشرة ، واقترا
عن قبض^(٣) ، ثم حط البائع عنه درهما أو زاده المشتري درهما ، وقبل
الآخر ذلك : فالبيع فاسد عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : الخط والزيادة
فاسدان ، والمقد الأول صحيح . وقال محمد : الخط جائز^(٤) ، والزيادة فاسدة ،
والمقد الأول صحيح - وهذا فرع^(٥) اختلافهم في الشرط الفاسد :
يلتحق بالمقد ويفسده^(٦) عند أبي حنيفة ، فإذا وجدت الزيادة والخط
والتحق بالمقد يجعل^(٧) كأن المقد في الابتداء على هذا الوجه ، فيفسد ،

(١) « إلحاق » من أ و ح .

(٢) « وللفاقد قيمته » من ب و ا .

(٣) هكذا في ب . وفي الأصل : « من غير قبض » . و« من قبض » ليست في أ و ح فنيها :
« واقترا ثم حط » .

(٤) في أ و ح : « صحيح » .

(٥) في أ و ح : « نوع » .

(٦) الهاء من ب .

(٧) في أ و ح : « اتحقا بالمقد فيبطل » .

للتفاضل^(١)، في مال الربا - وإنما شرط القبول في الحط ههنا عنده، لأنه
يطلق به فسخ العقد، فلا يملك <ه> أحد الماعدين إلا برضا الآخر. ومن
أصل أبي يوسف أن الشرط الفاسد لا يلتحق بالعقد، فيسقط اعتبار الزيادة
والحط جميعاً^(٢)، وأما محمد فقوله مثل قول أبي يوسف إلا أنه يقول :
الزيادة فاسدة، فلا تلتحق بالعقد^(٣)، والحط صحيح، لأنه يمكن أن
يحمل هبة مبتدأة، كحط^(٤) جميع الثمن^(٥).

فأما إذا كان^(٦) بخلاف الجنس، بأن باع قلب فضة ووزنه عشرة بدنيار،
والمسألة بحالها : صح الحط والزيادة، بالإجماع، ويلتحقان بأصل العقد،
فيشترط قبض هذه الزيادة، في المجلس - حتى لو افترقا قبل قبض
الزيادة في^(٧) مجلس الزيادة : يفسد العقد في حصة الزيادة، لأن الزيادة
صارت ثمن الصرف. و^(٨) في الحط : تفرقا أو لم يفرقا، فهو صحيح،
لأن التفضل في خلاف الجنس^(٩) جائز، ويجب عليه رد ما حط^(١٠).

(١) في ا و ح : « في الابتداء اشتمله (وفي ا : اشتمل) على وجهه فسد التفاضل » .
وفي ب : « يفسد التفاضل » .

(٢) « جميعاً » من ب .

(٣) « بالعقد » من ا و ح . وفي ح : « ولا يلتحق بالعقد » .

(٤) في ا و ب و ح : « لحط » .

(٥) راجع من ٨٢ - ٨٣ من الجزء الثاني .

(٦) في ب : « إذا باع » .

(٧) هكذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « قبل القبض في » .

(٨) « و » ليست في ا و ح .

(٩) في ح : « بخلاف الجنس » . وفي ب : « في خلاف جنس الثمن » .

(١٠) أي « وأما الحط فيجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده . لأن الحط ولأن كان يلتحق
بأصل العقد فيؤدي إلى التفاضل، لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز ولا زيادة ههنا حتى
يشترط قبضها فصح الحط ووجب عليه رد المصطوط، لأن الحط لما التحق بأصل العقد تين أن العقد
لم يقع على قدر المصطوط من الابتداء فيجب رده » الكاساني : ٥ : ٢١٦ : ٢٦ وما بعده .

ولو باع ديناراً و^(١) درهماً، بدرهمين ودينارين - جاز^(٢) عندنا، ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس، خلافاً لزفر والشافعي .

وعلى هذا الخلاف إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين، بأبدال من جنسين مختلفين، في أموال الربا، في المكيل والموزون : فإنه يصرف الجنس إلى خلاف الجنس، والمسألة معروفة .

ولو كسر حلية سيف، أو سواراً : فإنه يضمن قيمة الصياغة - بخلاف جنسه، لأن هذه جودة متقومة، لحصولها بصنع العباد، ولكن لا يمكن تضمينه من جنسه، لأنه يؤدي إلى الربا، فيجب التضمين بخلاف الجنس .

فصل^(٣) - القرض^(٤) جائز فيما له مثل من جنسه، لأنه يجب عليه رد المثل .

والأجل في القرض باطل^(٥)، شرط في الأصل^(٦) أو طراً عليه، لأن أخذ مثل القرض كمين القرض، فيكون فاضلاً^(٧) في العين، وهو باطل^(٨) .

(١) هكذا في ب . وفي الأصل : « أو » .

(٢) « ويجب عليه رد ما حط ... ودينارين جاز » ساقطة من ح ١ .

(٣) « فصل » من ١ . وقد تكلم الكاساني على القرض في « كتاب » مستقل (البدائع ، ٣٩٤ : ٧) .

(٤) في الأصل : « قال : القرض » .

(٥) بمعنى أنه لا يلزم بخلاف سائر الديون (راجع في بيان ذلك بالتفصيل : الكاساني، ٣٩٦ : ٧) .

(٦) « في الأصل » من ح ١ . وفي ب : « في القرض » .

(٧) في ب تشبه أن تكون « تأجيلاً » . وكذا في الأصل .

(٨) (أ) داج في بيان ذلك بالتفصيل : الكاساني ، ٣٩٦ : ٧ .

ولو استقرض فلوساً أو دراهم ، ثم كسدت : فعند أبي حنيفة يجب عليه رد مثلها ، وعند أبي يوسف ومحمد : رد قيمتها^(١) ، لكن عند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القرض ، وعند محمد في آخر وقت تفاقها قبل أن تكسب ؛ وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثلياً وانقطع : قال أبو يوسف : يجب قيمته يوم الفصب ، وعند محمد : يوم الانقطاع^(٢) .

فإن باع الفلوس^(٣) بخلاف جنسها : فإنها لاتتمين إن كان ما يقابلها من العروض بمنزلة الدراهم ، وإن كان ما يقابلها من الدراهم والدنانير^(٤) لاتتمين^(٥) أيضاً - لكن إذا اختلفا من غير قبض أحدهما ، يفسد العقد ، لأنه^(٦) افتراق عن دين بدين ، وإن قبض أحدهما : جاز ، ولا يشترط قبضها ، لأنه ليس بصرف .

وأما إذا باع الفلوس بعضها ببعض .

< ف > إن كان عينا بعين ، فإنه يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، متفاضلة أو متساوية ، لأنها إنما^(٧) لاتتمين لعدم الفائدة ، وفي التمين فائدة ،

(١) راجع الكاساني ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ - ١٧ .

(٢) راجع فيها تقدم ص ٥٥ من الجزء الثاني . وحل الشك على الزبلي هذه البارة من النسخة كما هي هنا (١٤٢ : ٤) . وانظر في بيان ذلك : الكاساني ، ٧ : ٣٩٥ : ١٢ - ١٧ .

(٣) الفلوس جمع فلس وأقلس أقطعة المفروبة من النحاس يتامل بها (المتجد) . وهو بمن بالاصطلاح ، سلة في الأصل : فإن كان رائجاً كان تمناً وإن كان كاسداً فهو سلة مثنى (الزبلي ، ٤٠ : ١٤٥) .

(٤) « والدانير » من اوب و ح .

(٥) ا و - : « لاتتمين » ولعل الاوضح أن يقال : « فإنها لاتتمين » . وانظر الكاساني ،

١٨٥ : ١٩ .

(٦) زاد هنا ب : « لذا » .

(٧) « لا » ليست في ا و - .

وهو جواز^(١) المقد. وعند محمد: لا يجوز متفاضلة^(٢)، لأنها بمن، فيكون^(٣) كبيع الدرهم^(٤) بالدرهمين.

فأما إذا كان الكل ديناً^(٥) أو أحدهما: فالمشهور من الرواية أنهم أنه لا يجوز. وعن أبي يوسف^(٦): يجوز - والمسألة تذكر^(٧) في الخلافات^(٨) و^(٩).

(١) «لأنها لما... جواز» من أ ب و - غير أنه في أ و - سقطت «لا» فيها : «لأنما تبين» بدلا من «لأنما لا تبين».

(٢) في «:» : «المتفاضلة» وفي «:» : «التفاضل».

(٣) «فيكون» من أ ب و -.

(٤) في «:» : «الدرهم».

(٥) راجع فيها تقدم المأمش ٣٣٣ والمأمش ٣٣٣ ٤٧ ولها على المأمش ٩.

(٦) في «:» : «وعن أبي حنيفة».

(٧) «تذكر» من «:».

(٨) في ب : «والمسألة تعرف في المختلف» . و زاد في ب : «واقفه تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب».

(٩) قال الزيلعي (١٤٥ : ٤) : «الأموال أنواع :

نوع فمن بكل حال ، كالقدين : صبه الباء أو لا ، قول بيمجه أو بغير جنسه .

ونوع مبيع بكل حال ، كالتياب والدواب والبيد .

ونوع بمن من وجه ، مبيع من وجه ، كالكييل والموزون غير القدين : فإنه إن كان مبيعا في القدر كان مبيعا ، ولد لم يكن مبيعا وصبه الباء ، وقول بالمبيع فهو بمن .

ونوع بمن بالاصطلاح ، وهو سلمة في الأصل ، كالفلوس : فإن كان راجعا كان مبيعا . وإن كان كاسدا فهو سلمة ممنوع .

وهذا لأن الثمن ما يثبت ديناً في التهمة عند الرب - كذا ذكره الفراء ، والنقود لا تستحق بالقد لا ديناً في التهمة ، فكانت ممنوعة بكل حال . والروض لا تستحق بالقد لا ديناً فكانت مبيعة .

والكييل والموزون غير القدين يستحق بالقد ديناً تارة وديناً أخرى . فكان ممنوعاً في حال مبيعا في حال . ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك الماقد عند القدر ، ولا يعطل القدر بقوات تسليمه ، وصح الاستبدال به في غير الصرف والسلام .

ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل القدر في غير السلم ، وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه . ومن شرطها أن لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات ، وأن يجب تعيينها فيما يتبين وقبضها فيما لا يتبين . وفي غير المقدرات يجب تعيينها فقط . ولأن قول بخلاف جنسه : فإن كان الدالان من المقدرات يجب تعيينها وإن كانا يتبينان بالتبيين لأن جميعها القدر كالخطة والتشهير ،

ولأن كانا لا يتبينان يجب قبضها كالذهب والفضة . ولد لم يجمعها القدر كالخطة والفضة أو الفلوس مع أحد القدين أو كان أحدهما مقدرا والآخر غير مقدر كالتياب مع القدين أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البديلين دون الآخر كي لا يكون كالتياب بكلي .

وراجع : التهمة ، ص ٧٠ وما بعدها .

كتاب

(١)

الرهن

يحتاج إلى (٢) :

بيان شرعية عقد الرهن ،

وإلى بيان دركته ،

وإلى بيان شرائط جوازه ،

وإلى بيان ما يصلح مرهوناً ،

وإلى بيان ما يكون مرهوناً به ،

وإلى بيان حكم الرهن ، وما يتعلق به من الأحكام .

أما الأول - فنقول :

الرهن عقد شرع وثيقة بمال .

عرفت (٣) مشروعيته (٤) بالنص ، وهو قوله تعالى : « يا أيها الذين

آمنوا ، إلى أن قال « فرهان مقبوضة » (٥) .

(١) عبارة « كتاب الرهن » مأخوذة من ب .

(٢) في الأصل : « قال : يحتاج إلى » . وفي أ و ب : « قال ربه الله : يحتاج إلى » .

(٣) التام من أ و ب و ج .

(٤) في أ و ب : « شرعيته » .

(٥) البقرة : ٢٨٢ - ٢٨٣ - « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى

فاكتبوه وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة » .

وروى عن النبي عليه السلام أنه اشترى من يهودى طعاماً ، نسيئة ، ورهن به درعه ^(١) .

وأما بيان ركنه

فهو الإيجاب والقبول - فالإيجاب قوله ^(٢) : « رهتلك هذا بمالك على من الدين » ، أو قوله : « خذ هذا الشئ رهنا بدينك » - ونحو ذلك .

وأما شرائط جوازها

فثلاث - القبض ، وهو عندنا .

وقال مالك : يصح بالإيجاب والقبول .

وهو خلاف النص : قال الله تعالى : « فرهان مقبوضة » .

ومنها - دوام القبض ، بأن يكون محوزاً في يده ^(٣) ، لأن مقصود

الرهن هو الاستيثاق ، وذلك ^(٤) لا يحصل إلا بهذا .

ومنها - أن يكون منفصلاً عن غيره ، غير متعلق بمال ^(٥) يقع عليه عقد الرهن .

وعلى هذا قلنا : إن رهن المشاع لا يصح . وقدل الشافعى : يصح .

والصحيح ما قلناه ^(٦) ، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بالنهاية ، وذلك يوجب

فوات القبض على الدوام ^(٧) .

(١) الدرع : قميص من زرد الحديد يلبس وقاية من سلاح العدو . مؤنث وقد يذكر (النجد - وانظر التاموس) .

(٢) في أ و ب : « والقبول وهو قوله » .

(٣) في يده : من أ و ب و .

(٤) في أ و ب و : « والاستيثاق » .

(٥) في ب و : « عن غيره متعلق بمال » .

(٦) « والصحيح ما قلناه » من أ و ب .

(٧) « على الدوام » من أ و ب و . وانظر فيما بعد ص ٥٤ .

ويستوى الجواب في المشاع الذي ينقسم والذي لا ينقسم ، ومن الشريك وغيره .

وأما الشيوخ الطائري: <ف> يبطل الرهن في رواية الأصل^(١). وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا يبطل .

وأما إذا رهن بيتا بعينه^(٢)، من دار بعينها : جاز، لأنه ليس بشائع - ولهذا قلنا إنه لا يجوز رهن ثمرة في شجرة^(٣) بدون الشجرة^(٤)، ولا الشجرة بدون الكرم^(٥)، حتى يحوز^(٦) ويسلمه إلى المرتهن ، وكذا رهن شجر في أرض بدون الأرض، وكذا إذا رهن زرعاً دون الأرض، أو^(٧) الأرض دون الزرع ، لأن الرهن متصل بما ليس برهن ، فلا يصح التسليم، وإن رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها من الأرض : جاز، لأنه يمكن قبضها، بما فيها، بالتخية^(٨) .

ولو قال : « رهنك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذه القرية » -

يدخل في الرهن كل ما كان متصلاً بالمرهون : من البناء في الدار ، والشجر

(١) في ب : « الأصول » . وفي الباقي (١٣٢٠ : ٥٤٨) : « في رواية الأصل » . وفي الكاشاني (١٠ : ١٣٨١٦) من أسفل : « في ظاهر الرواية » .

(٢) هكذا في ب . وفي الأصول و أ ح : « شيئاً » بدلا من « بيتاً بعينه » .

(٣) « لأنه » من أ و ب و ح .

(٤) و (٥) : « كذا في أ و ب و ح . وفي الأصول : « شجر » .

(٦) كذا في أ و ح . وفي الأصول : « في شجر بدون الشجر والكرم » . وفي ب : « في شجرة بدون الشجرة ولا الكرم حتى » .

(٧) في ب : « يحوز » .

(٨) كذا في أ و ب . وفي الأصل و ح : « و » .

(٩) هكذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « من التخية » .

مع الثمر والزرع والرطب في الأرض - لأن الرهن لا يجوز بدون ما يتصل به ، فكان إطلاق المقد ينصرف إلى ما فيه تصحيحه .

ولو رهن دارا ، وفيها متاع قليل أو كثير ، أو حبوب ، أو شيء مما ينفع به ، دون^(١) هذه الأشياء : لم يصح الرهن ، حتى يسلم الدار فارغة عنها .
ولو رهن الدار بما فيها ، صح إذا سلم الدار إليه ، وخلي بينه وبين الدار بما فيها^(٢) ، ويصير الكل رهنا .

ولو رهن دارا ، والراهن والمرتهن في جوفها ، فقال : « رهنتها منك وسلمتها إليك » وقال المرتهن : « قبلت » - لم يتم الرهن حتى يخرج الراهن من الدار ثم يقول الراهن : « قد سلمتها إليك » - لأنه لا يصح التسليم إلى المرتهن ، وهو في الدار ، فإذا خرج فلا بد من تسليم جديد .

ثم قبض الأب^(٣) ، < و > الوصي ووكيل المرتهن ، كقبضه .

وكذا قبض العدل : كقبضه ، لأنه يمسك الرهن للمرتهن . ولكن لا يملك قبض يده^(٤) والرد إلى يد الراهن . وليس^(٥) له أن يقبضه < المرتهن > إلا بإذن الراهن ، لأنه لم يرض بإمساك المرتهن ، حيث

(١) مكنا في ب . وفي ا و ح : « بدون » وفي الأصل : « من » . وبالباردة في ا و ح كما يأتي : « ... أو شيء . مما ينفع به لم يصح الرهن بدون هذه الأشياء حتى يسلم الدار فارغة عنها » .

(٢) « بما فيها » من ا و ب و ح .

(٣) « الأب » من ا و ب و ح .

(٤) مكنا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولذا يملك قبض يده » .

(٥) مكنا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « لكن ليس » .

جملاء في يد العدل ، وشرطا في عقد الرهن أو بعد الرهن ^(١) ،
فأما إذا شرطا أن يكون في يد العدل، وأن يبيعه بدينه ويقضى به دينه -
فيصح . ولكن لا يملك الراهن قبض هذه الوكالة إلا برضا المرتهن ، لأن البيع
صار حقا من حقوق الرهن ^(٢) ، زيادة وثيقة في حق المرتهن بطلبه .
ولو ^(٣) لم يكن مشروطا في الرهن ^(٤) ، ثم أمر العدل بعد ذلك ببيعه -
فهذا توكل بالبيع : < ف > يملك الراهن عزله والنهي عن البيع ،
وإذا مات الراهن ، ينزل هذا الوكيل - وفي الفصل الأول لا يملك
الراهن ^(٥) عزله ^(٦) ، ولو مات لا ^(٧) ينزل الوكيل عن البيع .

وأما بيان ما يطلع مرهونا

فكل مال ، متقوم ، يجوز أن يكون مبيعا - لأن حكمه ملك الحبس
بالدين ، يقضى منه الدين ، إذا عجز عن القضاء إلا به ، فلا بد من أن
يكون مالا متقوما .

(١) البارة في الكسافي (١٤٨ : ٦) من أسفل) كما على : « لعدل أن يسلك الرهن
بيده ويبد من يحفظ ماله بيده - وليس له أن يدفعه إلى المرتهن بنهر لأن الراهن ولا إلى الراهن
بنهر إذن المرتهن ، قبل سقوط الدين ، لأن كل واحد منهما لم يرش يد صاحبه حيث وضاه في يد
العدل . ولو دفعه إلى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويبيعه إلى يد العدل كما كان » -
وذلك بيد قوله (ص ١٤١ - ١٤٢) : « وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن » .

(٢) « الرهن » ساقطة من أو - .

(٣) في أو - : « وإن لم » . وفي ب : « ولم » .

(٤) في أو - : « في القصد » .

(٥) « الرهن » من أو - .

(٦) « وإذا مات الراهن ينزل ... عزله » ليست في ب .

(٧) « لا » ليست في أو - .

ولهذا لا يجوز أن يكون المدبر ، وأم الولد ، والمسكاتب ^(١) ، والحرق - رهنا ، لأنه لا يمكن استيفاء الدين من هؤلاء .

وكذلك لا يجوز أن يكون الحجر ، والخنزير - رهنا ، سواء كان العاقدان مسلمين ، أو أحدهما مسلما والآخر ذميا ^(٢) ، لأن الرهن للإيفاء والاستيفاء ، وإيفاء الدين من الحجر والخنزير لا يجوز من المسلم ، وكذا الاستيفاء من المرتن المسلم .

ثم في حق أهل الذمة يجوز الرهن والارتهان بالحجر والخنزير ، لأنهما ^(٣) مال عندهم ، ولا يجوز بالميتة والدم ، لأنهما ليسا ^(٤) بمال أصلا . وكذا المشاع ، والثمرة المعلقة من الشجرة ، والزرع النابت ^(٥) في الأرض - لا يصلح رهنا ، لأنه لا يتحقق فيه التسليم ^(٦) .

وأما بيان ما يجوز أنه يكون مرهونا به - فنقول :

الدين يصلح أن يكون مرهونا به على كل حال ، سواء كان ممن ^(٧) يبيع ، أو ضمان إتلاف ، ونحو ذلك ، لأن الرهن للاستيفاء ، واستيفاء الدين من ممن الرهن متحقق .

وأما الأعيان المضمونة فعلى وجهين :

(١) راجع في الجزء الثاني : باب أم الولد (ص ٤٠٨) وما بعدها (وباب المدبر (ص ٤١٢ وما بعدها) وباب الكتابة (ص ٤١٨ وما بعدها) .

(٢) « والآخر ذميا » ليست في أ و ب و ح . وفي الأصل : « ذمي » .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « لأنه » .

(٤) هكذا في ب . وفي الأصل وأ و ح : « لأنها ليست » .

(٥) ف و ح : « الثابت » . (٦) راجع فيها تقدم ص ٥٠ - ٥٢ .

(٧) هكذا في ب . وفي الأصل وأ : « بمن » . وفي ح كذا : « بشر » .

ما كان منها مضمونا بنفسه ، كالمخسوب - < ف > يجوز الرهن به .
والمضمون بنفسه ما يجب ، عند هلاكه ^(١) ، مثله إن كان مثليا وقيمه إن
لم يكن له مثل .

وأما الأعيان المضمونة بغيرها - فلا يجوز الرهن بها ، كالبيع في يد
البائع : مضمون بالثمن ، لا بنفسه ، على معنى أن المبيع إذا هلك يستقط
الثمن ، < إذ > ^(٢) لا يجب بهلاكه شيء على الضامن ويصير به
مستوفيا للدين .

وأما الأعيان التي ليست بمضمونة - كالودائع ، والمواري ، والمستأجر ،
ومال المضاربة ، و ^(٣) الشركة : < ف > لا يجوز الرهن بها ، لأن ماليس
بمضمون لا يصير المرتهن ^(٤) مستوفيا بهلاكه .

وجوز الرهن بيد الصلح عن دم الممد ، ويدل الخلع ، والمهر ،
لأنها مضمونة بأنفسها ، فإنها إذا هلكت يجب مثلها إن كان لها مثل ،
وقيمتها إن لم يكن لها مثل .

ثم إذا هلك الرهن ، والعين المضمونة قائمة في يد الراهن ، يقال له :
« سلم العين التي في يدك » ، وخذ من المرتهن الأقل من الدين ^(٥) ومن

(١) الماء من ب .

(٢) في الأصل واوب و - : « اما لا يجب ٥٠٠ » - راجع الكسائي ٧١١٤٣٦ .

(٣) « المضاربة و » ليست في ا و - فليهما : « ومال الشركة » .

(٤) « المرتهن » من ا و - .

(٥) المراد بالدين هنا قيمة الدين المضمونة لأنها واجبة بهلاك الدين أو منها (راجع

الكسائي ، ٦ : ١١٤٣ - ٣ - ٧) .

قيمة الرهن» - لأن المرهون مضمون عندنا كذلك .
 وإن هلك العين المضمونة قبل هلاك الرهن ^(١) ، فيصير الرهن
 رهنا بقيمة العين المضمونة ، فإذا هلك الرهن ، بعد ذلك ، هلك بالأقل
 من قيمته ومن قيمة العين التي كان رهنا بها ^(٢) .
 ولا يجوز الرهن بقصاص ، في نفس ^(٣) ، أو فيما دونها ، لأنه
 لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن .
 وإن كانت الجناية خطأ ، جاز الرهن بأروشها ، لأنه يمكن ^(٤)
 الاستيفاء من الرهن .

وأما حكم الرهن

فعدنا ملك العين في حق الحبس ، حتى يكون < المرتهن > أحق
 بإمساكه ، إلى وقت إيفاء الدين ^(٥) .
 وإذا مات الراهن فهو ^(٦) أحق به من سائر الترماء ، فيستوفى منه دينه ،
 فافضل يكون لسائر الترماء والورثة .
 ولهذا لا يجوز للراهن أن يتصرف فيه تصرفاً يبطل حق المرتهن من
 البيع والاجارة والهبة وغيرها ^(٧) .

(١) في أ و ح : « العين » .

(٢) في أ و ب و ح : « ومن قيمة الرهن التي كان رهنا » .

(٣) هكذا في أ و ب و ح - وفي الأصل : « في نفسه » .

(٤) في ب : « لا يمكن » .

(٥) أي « ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت التكاثر » الكاساني ٣: ١٤٥: ٦٠

(٦) أي المرتهن .

(٧) ولهذا لا يجوز قراهن ... وغيرها « ليست في ب .

ولهذا لا يجوز له أن يتنفع بالرهون ، نوع انتفاع ، من الاستخدام والركوب ، ونحو ذلك .

وكذلك زوائد الوهن : تكون رهناً عندنا^(١) هو أحق بالامساك . ويكون أحق به^(٢) ، بعد وفاته ، كما في حق الأصل - إلا أن الزوائد غير مضمونة عليه ، حتى لا يسقط^(٣) الدين بهلاكها^(٤) .

وليس للمرتهن أن يبيع الرهن بدنه ، إلا إذا سلطه الراهن على بيعه ، أو سلط المدل على ذلك .

فإن أعار المرتهن الرهن من الراهن^(٥) ، أو الراهن من المرتهن : فإنه يجوز ، ويخرج الرهن من ضمان المرتهن ، وعقد^(٦) الرهن على حاله ، ولكل واحد منهما أن يطل العارية ، ويرد<ه> إلى^(٧) الرهن ، لأن العارية غير لازمة .

وعلى هذا : إذا غصبه غاصب : يخرج عن ضمان المرتهن^(٨) ، ولكن الرهن قائم - حتى إن المرتهن أن يأخذ<ه> من الغاصب ويرد<ه> إلى الرهن^(٩) .

(١) « د » من ا و ب و ح .

(٢) أي بالرهن القى هو الزوائد .

(٣) في ا : « لا يستحق » .

(٤) في ب و ا : « بهلاكه » . انظر فيها بعد ص ٦٤ .

(٥) « من الراهن » ليست في ا و ح . (٦) « عقد » من ا و ب و ح .

(٧) « لل » ليست في ا و ب و ح . (٨) في ب : « الراهن » .

(٩) « هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « لل الراهن » .

وأما إذا آجره الراهن من المرتهن : <ف> يخرج من الرهن ، ولا يعود أبداً ، لأن الإجارة عقد لازم ، فلا إقدام عليه يكون فسخاً للرهن . وكذلك لو آجر الراهن ، من غير ^(١) المرتهن ، فأجازه المرتهن - أو المرتهن من غيره فأجازه الراهن : جازت الإجارة ويخرج من الرهن ، لما قلنا ^(٢) .

ولو باع الراهن أو المرتهن ^(٣) ، وأجاز صاحبه : فإنه يجوز البيع ، ويصير الثمن رهناً مكانه ، قبض من المشتري أو لم يقبض ، لأن الثمن قائم مقام الرهن ، وإن كان الثمن ^(٤) في ذمة المشتري ، ولا يجوز ^(٥) وهن الدين ابتداء ^(٦) ، ولكن يجوز البقاء ^(٧) ، كالعبد الرهن : إذا قتل ، تكون قيمته رهناً ، حتى لو توى الثمن في ذمته ، أو هلك المقبوض : فإنه يهلك من مال المرتهن ، ويسقط الدين بقدره ، كما لو كان في يده .

والمرتهن أن يطالب الراهن بإيفاء الدين مع عقد الرهن ، إذا لم يكن

(١) في ١ : « من غير لذن المرتهن » .

(٢) « أو المرتهن » . قلنا « من أوب و » .

(٣) « الراهن أو المرتهن » من أوب و » .

(٤) كذا في أ و » . وفي الأصل و ب : « والتمن ولد كان في ذمة المشتري » - انظر

الكاساني ، ١٤٦ : ٦ ، ٨ وانظر الهامش التالي .

(٥) في أ و » : « لا يجوز » . وفي ب : « فلا يجوز » .

(٦) في أ : « لا يجوز الرهن به ابتداء » .

(٧) في أ و » : « بقاء » - وبينه قول الكاساني (٦ : ١٤٦ : ٦ من أسفل) « وكان

تمنه رهناً سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه . ولو هلك كل الهلاك على المرتهن . وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون ديناً والتمن ديناً في ذمة المشتري فكيف يصلح رهناً ؟ والجواب أن الدين يصلح رهناً في حال البقاء ولن كان لا يصلح ابتداء . لأنه في حالة البقاء بدل المرهون ، وبديل المرهون مرهون ، لأنه قائم مقام المرهون كأنه هو ، بخلاف حالة الابتداء . »

مؤجلاً، لأن الرهن شرع لتوثيق الدين، فلا يسقط حق المطالبة إلا^(١) بالاداء.

ويجوز للراهن أن يوكل المرتهن ببيعه، واستيفاء الدين^(٢) منه .
ولو قال الراهن « إن جئتك بمحطك إلى وقت كذا وإلا فهو لك »^(٣) :
لم يجوز، وهو رهن على حاله، لأن التملك لا يتعلق بالشرط .
ولا يجوز للحاكم أن يبيع الرهن بدنه، بعد حلول الأجل، إذا
كان مفلساً، عند أبي حنيفة، ولكن يحبس الراهن حتى يبيعه، وعند أبي
يوسف ومحمد : يبيعه^(٤) - وهذا فرع^(٥) مسألة الحجر على الحر .

وأما نفقة الرهن فملى وجبين :

فكل نفقة ومثونة كانت لمصلحة الرهن وتبقيته : فملى الراهن .
وكل ما كان لحفظه أو لردّه^(٦) إلى يد المرتهن، أو لرد جزء منه فأت
بسبب حادث : فملى المرتهن .

بيان أن الرهن - إذا كان حيواناً : فنفقته وكسوته على الراهن .
وإن كان الرهن أمة، فولدت : فأجر الظئر على الراهن .

(١) « إلا » من أ ب و ح .

(٢) « في أ و ح » « التمن » .

(٣) « في أ و ح » « ولا فهو بدئك أو بمحطك » . ومى ب : « فهو بدئك أو بمحطك » .

(٤) « فى ب » : « يجوز » .

(٥) « كذا فى أ ب و ح » . وفى الأصل : « نوع » .

(٦) « كذا فى أ ب و ح » . وفى الأصل : « الرد » .

وإن كان الرهن بستاناً فيه أشجار وكرم : فسقيه ، وتلقيح نخله ،
وجداده ^(١) ، والقيام بمصلحته على الراهن . وكذا الحراج ^(٢) . فأما
العشر : ففي الغلة ^(٣) والزرع : يأخذه الاؤمام ، والباقي رهن عنده .
وكذا ^(٤) أجر الراعى : عليه ، لانه يحتاج إليه لعلف الحيوان ، فهو
كالطعام والشراب .

ويستوى الجواب ^(٥) فيه بين أن يكون الرهن مضموناً أو أمانة ، كزوائد
الرهن أو ما فضل من قيمة الرهن على الدين ^(٦) ، لأن ^(٧) كله ملكه :
فعليه كفايته ومثوته .

وأما ما يحتاج إليه للحفظ - كأجرة المسكن ، وأجرة الحافظ ،
ومأوى البقر والضم : فعلى المرتهن .

وكذا ما يحتاج ^(٨) لرد العين إلى يد المرتهن - كجعل الآبق : فعليه ،
إن كان ^(٩) قيمة الرهن والدين سواء ، وإن كان بمضه أمانة : فعليهما ^(١٠)
على قدر الأمانة والضمان .

(١) جد النخل جدادا صرمة أى قطع ثمرة (المغرب) .

(٢) زاد هنا في اوب و ه : « عليه » .

(٣) كذا في اوب و ه . وفي الاصل : « النخلة » .

(٤) « كذا » من ب . وفي ا و ه : « وكذلك » .

(٥) « الجواب » من اوب و ه .

(٦) في ا و ه : « وما فضل من قيمة الدين » . وفي ب : « وما فضل من الرهن » .

من قيمة الدين » .

(٧) في اوب و ه : « لانه » . (٨) زاد هنا في الاصل : « فيه » .

(٩) في ا : « كانت » . (١٠) في ا و ه : « فليهما » .

وأما ما يجب لرد جزء من العين إلى يد المرتهن الذي فات بسبب عارض - كدواوة الجراح والقروح والأمراض : فهو منقسم عليها^(١) :
فإكان من حصة المضمون : فعلى المرتهن ، وما كان من حصة الأمانة : فعلى الراهن .

وما وجب على الراهن ، ففعله المرتهن ، بغير أمر الحاكم - فهو متبرع فيه .
وإن كان بأمره : يرجع به على الراهن^(٢) .

وكذا ما وجب على المرتهن ، فأداه الراهن ، بغير أمره - فهو متبرع .

ثم للراهن أن يعتنع^(٣) من إيفاء الدين عند محل الأجل ، حتى يحضر المرتهن الرهن ، لائمه وبما يكون هالكاً أو غائباً . فإذا أحضر الرهن يقال للراهن^(٤) : « سلم الدين إليه أولاً ثم أقبض الرهن » ، حتى يتعين حقه ، فيكون عيناً بعين ، كما في البيع .

ولو جنى المرتهن ، على الرهن ، أو غيره ، جناية^(٥) : يجب عليه قيمته ، أو مثله إن كان الرهن مثلياً . ثم إن لم يكن الدين حالاً : يكون رهناً

(١) « عليها » من ا و ح .

(٢) « به على الراهن » ليست في ا و ب و ح .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « يعتن » .

(٤) في ب : « فإذا أحضر الراهن الرهن يقال للمرتهن » - والصحيح : « فإذا أحضر

المرتهن الرهن يقال للراهن » - كما هو واضح .

(٥) « جناية » من ب . ولعل الأوضح أن يقال : « ولو جنى المرتهن ، أو غيره .

على الرهن ، جناية » .

مكانه^(١)، وإن كان الدين حالاً أو حلاً: فإن كان مثل دينه في الجنس والصفة، يصير المرتهن^(٢) مستوفياً لدينه. وإن كان هو^(٣) المتلف: يصير قصاصاً، بقدر الدين، ويترادف الفضل.

وإن كان الرهن عبداً، فجنى على إنسان، خطأ - فإن ضمان الجناية على المرتهن، ويقال للمرتهن أولاً: «أفد العبد عن أرش الجناية» - وإنما يخاطب هو بذلك أولاً، لما أن فيه إبقاء حقه، وهو الرهن، لآثمه إذا فدى ظهر العبد عن الجناية، فجعل كأن الجناية لم تكن، فيبقى الدين والرهن^(٤) على حاله. ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء، لآثمه أصلح الرهن باختياره. وليس للمرتهن أن يدفع العبد بحال، لأن الدفع عليك الرقة، وهو لا يملك عليك مال الغير بغير إذنه.

وإن لم يفد وأبى ذلك، يقال للراهن: «ادفع أو أفده» - فأيهما اختار: بطل الرهن والدين، لأن عين العبد، أو بدله، وهو الفداء، صار مستحقاً بسبب كان عند المرتهن، فجعل كأنه هلك الرهن^(٥).

ولو استهلك العبد المرهون مال إنسان، وذلك يستغرق الرقة: فإن أدى المرتهن الدين^(٦)، الذي لزم العبد المرهون^(٧): بقي^(٨) الرهن

(١) في ١: «تكون قيمة الرهن مكانه». وفي ٢: «يكون الرهن مكانه».

(٢) «المرتهن» من ١ و ٢.

(٣) في ١ كذا: «ولن كان الرهن هو». وفي ٢ كذا: «وإن كان الدين هو». انظر الكاساني ٦: ١٦٣ و ٢٠ وما بعده.

(٤) في ١ و ٢ و ٣: «في الرهن». وفي ٤: «فيبقى الرهن في الرهن».

(٥) راجع الكاساني ٦: ١٦٦ (٦) «الدين» من ١ و ٢ و ٣.

(٧) «المرهون» من ٤. (٨) هكذا في ١ و ٢ و ٣. وفي الأصل: «بقي».

والدين على حاله ، وفرغ العبد عن الدين . وإن أبى أن يؤدي الدين : قيل للراهن : « بعه في دينه أو اقض دينه » - فإن قضى دينه : بطل دين المرتهن على الراهن ، ويخرج العبد عن الرهن ، لأنه استحق بسبب كان عند المرتهن ، فيكون عليه . وإن لم يقض دين العبد : يباع العبد في الدين الذي لحقه ، فيأخذ صاحب دين العبد دينه ^(١) . ويبطل بمقدار ذلك من دين المرتهن : فإن ^(٢) كان دين المرتهن أقل : كان ^(٣) ما بقي من ثمن العبد للراهن ، وإن كان دين المرتهن أكثر من دين الغريم : استوفى المرتهن ما بقي من دينه ، وما فضل من ثمن العبد للمرتهن إن كان الدين حل ، وإلا أمسك ما فضل رهناً في يده إلى أن يحل الدين فيأخذه قصاصاً ^(٤) بدنيه .

ولو رهن عبدان أو ثوبين ، بألف درهم ، كل واحد منهما بخمسمائة ، فأدى خمسمائة لم يكن له أخذ واحد منهما ، حتى يؤدي كل الدين . وكذلك في العبد الواحد - لأن كل جزء من الرهن محبوس بكل الدين ، فما لم يقبض ^(٥) السكل ، يكون له حق حبس السكل .

وإن كان الرهن شيئين أو أكثر ، فإنه ينقسم ^(٦) الدين عليهما ، على قدر قيمتهما يوم القبض ، لأنه صار مضموناً بالقبض .

(١) ق ب : « فيأخذ صاحب الدين العبد في دينه » .

(٢) القاء من أ .

(٣) كذا في أ . وفي الأصل و هـ « فكان » . وفي ب : « ولد كان » .

(٤) في أ و هـ : « قضاء » .

(٥) ق ب : « فما لم يقبض » .

(٦) أي في حالة هلاك أحد الشيئين في يد المرتهن .

ولو زاد في الرهن شيء^(١)، بأن ولدت الائمة المرهونة ولداً، أو نحو ذلك، فإنه ينقسم الدين^(٢) على الاصل يوم القبض، وعلى الزيادة يوم الفكاك، لأن الزوائد لا تكون مضمونة، وإن كانت محبوسة إلى يوم الفكاك.

ثم الزيادة في الرهن جائزة عندنا: خلافاً للزفر، كالزيادة في^(٣) المبيع، وينقسم الدين عليها جميعاً، ويعتبر قيمة الاصل يوم قبضه^(٤)، ويعتبر قيمة الزيادة يوم الزيادة^(٥).

فأما الزيادة في الدين: < ف > لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف: تجوز - وهذه المسألة من مسائل الخلافات.

ولو استعار من رجل شيئاً ليرهنه بدينه، فأعاره منه، مطلقاً، ليرهنه: فله أن يرهنه، بأي صنف^(٦) من الدين، وبأي قدر: قليلاً أو كثيراً، لأن هذا بمنزلة الاذن له بقضاء الدين من مال هو عنده وديعة، وقد أذن^(٧) مطلقاً، فيجب العمل بإطلاقه.

وإن سمي له قدراً أو إنساناً، بعينه أو في بلد بعينه - فليس له أن يفعل بخلافه، ولو فعل كان^(٨) لصاحبه أن يأخذ الرهن، لأنه لم يأت بما أمر

(١) كذا في او - وفي الاصل وب: « شيئاً » - راجع ص ٥٧ .

(٢) هكذا في او - وفي الاصل وب: « الدين » .

(٣) « في » من او ب - « (٤) في او ب: يوم القبض » .

(٥) « يوم الزيادة » سابقة من - « (٦) في او - : « بأي صنف » .

(٧) زاد هنا في او - : « له » . (٨) « كان » من او - .

به ، فلم يصح الرهن ، فإن عجز الراهن عن قضاء الدين ، فقضاء المميز :
فله أن يرجع ، ولا يكون متبرعا ، لأنه مضطر في ذلك لوصوله إلى ماله -
بمنزلة الوارث : إذا قضى دين الميت لتسلم له التركة : يرجع ^(١) في
التركة ، لما قلنا .

ولو رهن عبدا من إنسان ، ثم جاء برهن آخر حتى يكون مكان
الأول ، وقبل المرتهن الرهن الثاني - جاز ، ويصير الثاني هو الرهن
إذا قبض ^(٢) الرهن الأول ، لأنه ما ^(٣) رضى بالجمع بينهما رهنا ،
ولا يصير الثاني رهنا إلا بعد انقضاء الأول ، ضرورة عدم الجمع . وإنما
تقع ^(٤) الضرورة إذا قبض الأول . فأما إذا لم يقبض : بقى الأول
رهنا دون الثاني ، حتى لو هلكا : يكون الثاني أمانة . والأول هلك بدينه ^(٥) .

ولو أعتق الراهن العبد المرهون : ينفذ عتقه ^(٦) عندنا ، خلافاً للشافعي -
وهي مسألة معروفة ^(٧) .

-
- (١) في ح : « ويرجع » .
(٢) في ا و ح : « لكن إذا » .
(٣) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « قضه » .
(٤) في ا و ح : « لا » .
(٥) « جمع » من ا و ب و ح والقي فيها : « يقع » .
(٦) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فالأول بدينه » .
(٧) « عتقه » من ا و ح .
(٨) زاد في ب : « والله أعلم » .

كتاب الشفعة

يحتاج^(١) فيه إلى :
بيان ما يجب به الشفعة ،
وإلى بيان شرائط الوجوب ،
وإلى بيان كيفية الوجوب ،
وإلى بيان الأحكام المتعلقة بالشفعة .

أما الأول - فنقول :

سبب استحقاق الشفعة أحد الأشياء الثلاثة : الشركة في البقعة ،
والشركة في الحقوق ، والجوار على سبيل الملاصقة - وهذا عندنا .
وعند الشافعي : لا يستحق إلا بالشركة في البقعة - وهي مسألة معروفة .
ثم إنما تستحق الشفعة بها على الترتيب : فالشريك^(٢) في البقعة أولاً^(٣) ،
ثم الشريك في الحقوق ، ثم الجار الملاصق^(٤) - لأن الشفعة إنما تجب
لدفع ضرر الدخيل عن الأصل ، والضرر على هذا الترتيب في المرف .

(١) في - و ا : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) « فالشريك » ساقطة من ا .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل و - و ا : « أولى » .

(٤) انظر الهامش التالي .

فإن سلم الشريك في البقعة : تثبت للشريك في الحقوق ، وإن سلم هو : تثبت ^(١) للجار الملاصق ^(٢) .

ولا يثبت للجار ^(٣) المقابل ، لأن ضرورة دون ضرر هؤلاء ، والشرع ورد بالشفعة في حق هؤلاء ، فلا يقاس عليهم غيرهم مع التفاوت في الضرر .

وأما شرائط الوهب

فإنها - عقد المعاوضة ^(٤) من المال بالمال : فإنها لا تجب بهذه الأسباب إلا عند عقد البيع أو ما هو في مناه من : الصلح ، والهبة بشرط الموض إذا وجد قبض البدلين ، فأما إذا قبض أحدهما دون الآخر ، فلا شفعة - وهذا عندنا ، خلافا لزم : إنها ^(٥) تجب بنفس العقد - وهذا فرع مسألة بينهم : أن الهبة بشرط الموض : عقده ^(٦) عقده ، وجوازه جواز البيع ، فالتم تقابضا لا يكون في معنى البيع . وعنده : عقده ^(٧) عقديع - وهي مسألة كتاب الهبة .

ولو وهب ثم عوض بعد العقد : فلا يجب الشفعة فيه ، ولا فيها هو ^(٨)

(١) « فإن سلم الشريك في البقعة ... سلم هو تثبت » وردت في - سابقة على هذا الموضع لاذ جاءت بين « ثم الجار الملاصق » وبين « لأن الشفعة إنما تجب » . وانظر المأثور السابق والتالي .

(٢) في ب : « فإن سلم ثبت الخيار للملاصق » .

(٣) في ب : « ولا يثبت الخيار للجار » .

(٤) في أ و ب و ج : « معاوضة » .

(٥) كذلك في - و أ . وفي الأصل : « عين » وفي ب كذلك : « غير » .

(٦) في - : « لا تشا » .

(٧) و (٨) في - : « عقدها » .

(٩) « هو » ليست في ب .

عوض عنه ، بأن جعل ^(١)الموض دارا ، لأن هذا ليس في معنى البيع ، لأنه ليس بمشروط في المقد .

ولهذا لا يجب في المملوك بمقابلة المنافع ، بأن جعل الدار مبرا أو أجرة .
ولهذا لا يجب في الدار ^(٢)المملوكة ^(٣)بغير بدل ، كالهبة والصدقة والوصية ، أو يبدل ليس بمال ، كبذل الخلع والصلح عن دم الممد .

ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إن من تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألفا ، فلا شفعة في شيء من الدار . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : تجب الشفعة .

واستحقاق الشفعة ^(٤)في البيع بشرط الخيار قد ذكر في اليوموع ^(٥) .
وفي البيع ^(٦)الفاقد : إذا ملك عند القبض لا ^(٧)يستحق الشفعة مالم ^(٨) .
يبطل حق الفسخ ، إما لاتصال المبيع بزيادة ، أو بزوال ملك المشتري ،
لأن حق الفسخ ^(٩)ثبت لحق الشرع .
وإذا أخذ الشفيع المشتري شراء فاسدا بالشفعة : يأخذه ^(١٠)بقيمه يوم

(١) في د و ا : « جلا » .

(٢) « المملوك بمقابلة المنافع ... لا يجب في الدار » ليست في د و ا .

(٣) اتاء من ا و ب و ح .

(٤) « الشفعة » ساقطة من د و ا .

(٥) رابع فيما تقدم ص ١١٣ من الجزء الثاني .

(٦) وفي البيع « من ا و ب و ح .

(٧) « لا » ليست في ا و ح . وانظر المأمض التالي .

(٨) في د و ا : « عند القبض يستحق الشفعة واستحقاق الشفعة في البيع مالم » .

(٩) في ا و ح : « لأن حق انشترى حق الفسخ » .

(١٠) الما . من ا و ح .

قبض^(١)، لأن القيمة فيه^(٢) بمنزلة الثمن في الشراء^(٣) الصحيح .

ومنها - أن يكون المبيع عقاراً أو في مناه :

وقال مالك: يثبت في المتقول الذي <هو> نظيره، وهو السفن^(٤) .
ولهذا قال : إذا بيعت^(٥) الضيقة بقرها وممالك يعملون فيها - يجب
الشفعة في الكل .

وعندنا : لا يستحق فيها^(٦) ليس بعقار من البقر والعبيد .
وأصله ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال^(٧) : « لا شفعة إلا في
دبع^(٨) أو حائط » .

ويستوى الجواب عندنا في^(٩) العقار الذي تجوز قسمته والذي لا تجوز
قسمته ، كاللحم والرحى والبئر والنهر والدور الصغير^(١٠) .
وعند الشافعي : لا يجب فيما لا يقسم .

وإذا بيع^(١١) سفل عقار دون علوه ، أو علوه دون سفله : يجب الشفعة -

(١) في أ ب و ح : « يوم قبض المشتري » .

(٢) فيه « ليست في ب » .

(٣) « الشراء » من أ و ح . وانظر فيها على ص ٧٤ .

(٤) في المدونة (١٤ : ١٠٨) أنه لا شفعة في السفن .

(٥) في أ : « وهذا إذا قال : بيعت » . وفي ح : « وهذا قال : بيعت » .

(٦) في ب : « ما » .

(٧) « أنه قال » من أ ب و ح .

(٨) الربع هو الدار حيث كانت - وجهه رباع وروبع (المربع) .

(٩) في « من أ ب و ح » .

(١٠) في ب : « الصغير » . وفي ح : « الدور والحفار » . وفي أ : « الدور والصغار » .

(١١) « بيع » من أ ب و ح .

أما في بيع السفلى فلا^(١) يشكل، لأنه عقار. وأما في^(٢) بيع العلو وحده:
 <ف> قياس واستحسان، لأنه^(٣) ليس بمقار ولكن في معناه، لأن حق
 العمل يتعلق بالبقعة^(٤)، على التأيد، فهو بمنزلة البقعة.

وأما بيان كيفية الوجوب - فنقول :

إن حق الشفعة يجب على طريق القور، عندنا، نظرا من الجانبين .
 وعند الشافعي: يجب وجوبا مؤبدا .

واختلفت الرواية^(٥) في تفسير القور : في بعضها : أنه إذا علم
 بالبيع^(٦) ينبغي أن يطلب الشفعة ساعثذ، فإذا سكنت ولم يطلب ، بطلت
 شفعتها . وفي بعضها: أنه على المجلس - فإن محمدا ذكر في «الأصل» : «إذا
 بلغ الشفيع البيع : إن لم يطلب الشفعة^(٧) مكانه : بطلت الشفعة» .
 وذكر الكرخي أن هذا ليس باختلاف رواية ، وإنما هو على^(٨)
 المجلس، كختيار المخيرة والقبول^(٩) .

ثم الطلب نوعان :

-
- (١) القاء من أ و ب .
 - (٢) « في » من ب .
 - (٣) زاد هنا في ح و ا : « لأن كل » .
 - (٤) « بالبقعة » ليست في أ و ب و ح .
 - (٥) في أ و ح : « الروايات » .
 - (٦) في ب : « بالشفعة » .
 - (٧) « الشفعة » من ب .
 - (٨) في ب : « في » .
 - (٩) راجع في الجزء الثاني : خيار القبول من ٤٠ وما بعدها، وخيار المخيرة من ٢٧٩ -
 ٢٧٨ وخاصة من ٢٨١ . وانظر الصفحة التالية .

أحدهما : طلب موثبة - وهو ما ذكرنا : فكما علم يبيع الدار يطلب الشفعة^(١) فيقول : « طلبت »^(٢) الشفعة وأنا طالبها أو قال : « ادعيت الشفعة وأنا على شفعتي » ، ويشهد على ذلك ، حتى يتأكد الوجوب ، بالطلب على الفور - ويعلم أنه ليس بمُعْرِض ، حتى يحصل المطالبة من الخصم بعد ذلك - من غير اشتغال بشئ ، مع القدرة على المطالبة .

وليس الاٍشهاد بشرط لصحة الطلب ، ولكن للتوثيق^(٣) - حتى إذا أنكر المشتري طلب الشفعة حين علم^(٤) فيقول : « لم تطلب الشفعة حين علمت »^(٥) بل تركت الشفعة^(٦) وقت عن المجلس ، والشفيع يقول : « طلبت » - فالقول قول المشتري ، فلا بد من الاٍشهاد وقت الطلب ، توثيقاً لحقه . ولو لم يكن الشهود حاضرين ، فبعت في طلبهم ، ومكث في المجلس ، لا تبطل شفعتي ، كما في خيار الخيرة^(٧) .

وعن أبي بكر الرازي^(٨) أنه قال : إذا طلب الشفعة ثم قام عن المجلس^(٩) إلى الشهود ، وأشهدهم على ذلك - جاز ، لأن الطالب يحتاج إليه ، لثبوت

(١) في ب : « بطلت شفعتي » .

(٢) في ا و ب : « أطلب » .

(٣) كذا في ب و ا ، وفي الأصل : « التوثيق » . وفي ب : « لتوثيق » .

(٤) « علم » ساقطة من ب . وفي ا : « حين ذلك فيقول » .

(٥) « علمت » من ا و ب و ج .

(٦) في ا و ب و ج : « تركت الطلب » .

(٧) راجع في الجزء الثاني ص ٢٧٩ - ٢٨٨ وخاصة ص ٢٨١ وراجع الصفحة السابقة .

(٨) راجع ترجمته في الهامش ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٩) « عن المجلس » ليست في ا و ب .

الشفعة ، فيما بينه وبين ربه ، والشهود يحتاج إليها ، للتوثيق الذي ذكرنا .

والطلب الثاني: المطالبة من الغنم - لأن المطالبة لا بد لها من مطالب ومطلوب .
فإن كان المبيع لم يقبض بعد : فالشفيع بالخيار بين مطالبة البائع أو المشتري أو الطلب عند المبيع ^(١) إلا إسهاده عليه - لأن المشتري مالك ، والبائع صاحب يد ، فيصح من الشفيع الخاصة معهما نقل الملك واليد . فأما المبيع ^(٢)
<ف> يتعلق الشفعة به ، فيقوم الطلب عنده مقام الطلب منها ^(٣) ، باعتبار الحاجة .
فأما إذا كان المبيع في يد المشتري : لم يصح الإسهاد على البائع . لأنه
خرج من أن يكون خصما ، لزوال يده وملكه ^(٤) ، ولكن له الخيار في
الإسهاد على المشتري أو عند العقار .

ثم ما ذكرنا من الاختيار إذا كان الشفيع حاضرا . عند وقوع البيع ،
بمحضرة الدار والبائع ^(٥) والمشتري .

وأما إذا عقد البيع في غير الموضع الذي ^(٦) فيه الدار ، والشفيع
حاضر ^(٧) ، فلم يطالب بهما بالشفعة ^(٨) ، وحضره وضع الدار وأشهد ثم : بطلت ^(٩) .

(١) في ب : « أو » .

(٢) في هـ و ا : « فأما إذا كان المبيع » . وفي ب : « فأما البيع » .

(٣) في ب : « منها » .

(٤) « وملكه » ليست في ا و هـ .

(٥) « والبائع » ليست في ا .

(٦) « التي » ليست في هـ .

(٧) « حاضر » ليست في هـ .

(٨) في ا و هـ : « فلم يطالبها » . وفي ب : « فلم يطالبها بالشفعة » .

(٩) في هـ : « وأشهد ثم طلب بطلت » .

شفعته ، حيث ترك المطالبة مع القدرة عليها^(١) .

وإن كان الشفيع غائباً عن مجلس البيع ، فلم ، فحضر موضع الدار ، ولم يطلب الشفعة ، وذهب حتى^(٢) يجمد البائع أو المشتري^(٣) : تبطل شفعته ، لأنه ترك الطلب مع القدرة عليه .

فأما إذا بيعت الدار في المصر الذي هي^(٤) فيه ، والشفيع في مصر آخر ، فلم بذلك : فالجواب^(٥) في حقه والجواب في حق الحاضر سواء : في أنه يطلب على الفور ، ويشهد ، ثم يشتغل بالطلب من البائع أو^(٦) المشتري ، أو الإشهاد عند الدار - إلا أن له الأجل بمقدار المسافة التي بينه وبين المصر الذي وقع فيه البيع من المتماقدين ، حتى يذهب إليه بنفسه فيطلب الشفعة ، أو يبعث^(٧) وكيلًا لطلب الشفعة والإشهاد عليه ، وذلك الأجل من وقت العلم بالبيع وطلب^(٨) الموائبة . فإذا مضى الأجل ، و^(٩) لم يذهب بنفسه ، ولا يبعث وكيلًا لمطالبته الشفعة - تبطل شفعته .

وإذا وجد كلا الطرفين ، وصحح الإشهاد على الوجه الذي ذكرناه ، فبعد^(١٠)

(١) « عليها » من ا و - . وهي ليست في ب . وفي الأصل : « عليه » .

(٢) « حق » ليست في ب .

(٣) في ح - وب : « والمشتري » .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل وا و - : « هو » . وانظر مايلي في المتن .

(٥) كذا في ا وب و - . وفي الأصل : « والجواب » .

(٦) في ح - : « و » .

(٧) « أو يبعث » ليست في ب . وفي ح - : « أو يبتا » .

(٨) في ب : « فطلب » .

(٩) « لو لم يبعث » في ب .

(١٠) في ب : « فبعد » .

ذلك أنه يشتغل بالرافعة^(١) إلى باب القاضي وأعمومة ، لاخذ الدار بالشفعة .
فإن كان المبيع في يد البائع : فالقاضي^(٢) يحضر البائع والمشتري جميعا ،
ولا يقضى له بالشفعة حتى^(٣) يحضرا ، لكونهما خصمين : أحدهما
بيده ، والآخر بملكه ، لأن القضاء لا يجوز بدون حضرة الخصم .
وإن كان المبيع في يد المشتري : فالقاضي^(٤) يحضره لا غير ، ويقضى عليه ،
لأن البائع خرج من أن يكون خصما لزوال يده .

فإذا قضى القاضي بالشفعة ، والدار في يد البائع : انتقض البيع الذى بينه
وبين المشتري ، وينعقد البيع بينهما في المشهور من الرواية ، وينقل الصفقة إليه .
وروى عن أبى يوسف أن البيع لا ينتقض .

فعلى الرواية المشهورة : يسلم الشفع الثمن إلى البائع ، ويكون عهدة
الشفيع على البائع ، وهى^(٥) الرجوع بالثمن عند الاستحقاق ، ويرجع المشتري
على البائع بالثمن إن^(٦) تقدم .

ثم الشفع يأخذ الدار بالثمن الذى وقع عليه البيع ، من الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون فى الذمة ، لأن تلك الصفقة^(٧) انتقلت إليه .
وإن كان الثمن من العروض فيأخذ بقيمته^(٨) .

(١) فى ١ : « بالرافعة » .

(٢) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « والقاضى » .

(٣) حتى « من اوب و ح » .

(٤) كذا فى اوب و ح . وفى الأصل : « والقاضى » .

(٥) فى اوب و ح : « وهو » .

(٦) فى ا و ح : « ائضى » .

(٧) (٨) راجع فيما تقدم ص ٦٨ - ٦٩ .

(٧) فى ح و ا : « الصفقة » .

ثم القاضي يقضى بالشفعة سواء أحضر الشفيع الثمن أو لا ، فى المشهور من الرواية عن ^(١) أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وبأمر الشفيع بتسليم الثمن إليه للحال ، فإن لم يسلم : يحبس . ولا ينقض الأخذ بالشفعة - لأنه بمنزلة الشراء . فإن طلب منه : حتى يذهب ويحضر الثمن - فالقاضى ^(٢) لا يحبس ، لأنه لم يوجد منه المطل ^(٣) . وإن طلب الأجل يوماً أو يومين : فالقاضى يؤجله ، إن رضى الخصم ، وإلا فيحبسه .

وقال محمد : لا ^(٤) ينبغي للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر ^(٥) الثمن . فإذا أحضر الثمن يقضى بالشفعة ، وبأمر الشفيع بتسليم الثمن ^(٦) إلى المشتري ^(٧) . فإن قضى القاضي ^(٨) له بالشفعة ، قبل إحضار ^(٩) الثمن و ^(١٠) أمر الشفيع بدفع الثمن إليه من ساعته فقال : « لا أتقدمه إلى يوم أو يومين » أو « إلى شهر » ، وأبى المشتري أن يقبل ذلك ، لا يفسخ قضاء ^(١١) ولا ينقض الأخذ بالشفعة ، ولكن يحبس .

(١) فى ا و : « عند » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « والقاضى » .

(٣) فى ا و ب و ح : « لأن هذا لم يوجد منه المطل » .

(٤) « لا » ليست فى ح .

(٥) « يحضر » من ا و ب و ح .

(٦) « الثمن » ليست فى ح و ا .

(٧) قال الكاسانى (٣ : ٢٤٥) : « وهذا عندى ليس باختلاف على الحقيقة . والقاضى أن يقضى بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف ، لأن لفظ محمد رحمه الله : « ليس ينبغي للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال » لا يدل على أنه ليس له أن يقضى بل هو لمشاركة نوع احتياط ... ولهذا لو قضى : جاز وقد قضاؤه - نص عليه محمد ... الخ » . وانظر ما يلى فى المتن .

(٨) « القاضي » من ا و ح . (٩) « إحضار » ليست فى ح و ا .

(١٠) فى ح : « أو » . (١١) فى ا و ب و ح : « قضاؤه » .

والاحتياط من القاضى أن لا يقضى بالشفعة مالم^(١) يؤجل للشفيع أجلا ويقول له: «إن لم تأت^(٢) بالثمن إلى هذا الأجل فلا شفعة لك» - حتى إذا امتنع وفرط فى الأداء: تبطل شفעתه . فأما ، بدون ذلك ، إذا قضى بالشفعة : لا تبطل شفעתه ، بالتأخير .

ولو أن الشفيع^(٣) ، بعد وجود الطلبين والاشهاد ، إذا أخر المرافعة إلى باب القاضى ولم يخاصم هل تبطل شفעתه ؟ فقد اختلفت الروايات عن أصحابنا ، والحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله : لم تسقط الشفعة^(٤) ، بالتأخير بعد الاشهادين ، إلا أن يسقطها^(٥) بلسانه فيقول : «تركت^(٦) الشفعة» . وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف . وفى رواية أخرى عنه : إذا ترك الخاصة إلى القاضى فى زمان يقدر على المخاصمة فيه : بطلت شفעתه - ولم يوقت . وقال^(٧) محمد وزفر : إذا أخر المطالبة بعد الاشهاد شهرا من غير عذر : بطلت شفעתه^(٨) .

وعن الحسن^(٩) أنه قال : وهذا^(١٠) قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر - وبه نأخذ .

• • •

(١) «لم» ليست فى ا و ح .

(٢) «كذا فى ا و ب و ح» وفى الأصل : «يأت» .

(٣) «فأما بدون ذلك ... أن الشفيع» ليست فى ح .

(٤) «عن أصحابنا ... لم تسقط الشفعة» ليست فى ح و ا .

(٥) «فى ب : «يسقطها» . وفى ا : «اسقط» . وفى ح : «سقط» .

(٦) «فى اكذا : «لم أترك» . وفى ح كذا : «لم ترك» .

(٧) «فى ح : «وروى» . وانظر الخامس التالى .

(٨) «ولم يوقت ... عذر بطلت شفعت» ليست فى ب .

(٩) لله الحسن بن زياد ، صاحب أبي حنيفة ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ . (راجع
الكنزى ٦٠٠ - ٦١)

(١٠) «فى ب : وهو» .

وذكر الكرخي أنه إذا حال بين الشفيع وبين الإِشهاد، عند الدار أو على البائع أو المشتري، حثّل لا يستطيع الشفيع^(١) أن يصل إلى ذلك معه ولا أن يبعث^(٢) وكيلًا فهو على شفيعته إلى أن يزول الحائل المانع له، ثم يمود الأمر بينهم على ما ذكرنا، لأن ترك المطالبة مع المانع لا يدل على الإِعراض - ولهذا قالوا: إن حق الشفعة يجب عند البيع. ويتأكد بالطالب، ويثبت الملك به بقضاء القاضي أو بالتراضي من الخصمين.

وأما الأُمُطام

فكثيرة - نذكر بعض المشهور منها:
فمن ذلك - بيان ما تبطل به الشفعة وما لا تبطل، مما يحدث من الشفيع.
بيان ذلك:

- إذا اشترى الرجل دارًا لها شفيع فساوم^(٣) الشفيع المشتري في^(٤) الدار، لنفسه أو^(٥) لغيره، أو سأله أن يوليهاها^(٦)، أو يشرکه فيها^(٧)، أو يؤاجر هامنه، أو كانت أرضًا فطلب منه المزارعة، أو نخلا أو^(٨) كرمًا فسأله المعاملة - وذلك كله جدماعلم بالشراء: فذلك كله تسليم للشفعة^(٩)، لأن هذا

(١) « الشفيع » من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ح : « يبعث » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الاصل : « فساوم » .

(٤) في « ق » ليست في ا و ح .

(٥) في ب و ح : « و » .

(٦) أي يملكه المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا خصم - وهذا هو بيع التولية - راجع في الجزء الثاني ص ١٥٤ و ١٦١ وما بعدها . وفي هذا الجزء ص ٢٠ - ٢١ .

(٧) الإِشراك هو التولية في بعض المبيع من النصف والتك غير ذلك (راجع ص ٢٠ ص ١٥٥ و ٣٠ ص ٢١ - ٢٠) .

(٨) في ب و ح : « و » . (٩) « أو نخلا ... تسليم للشفعة » ساقطة من ا و ح .

دلالة الاعراض عن طلب الشفعة، لأن حكمها ينافي حكم أخذ^(١) الدار بالشفعة.

— ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها، بعد الشراء، للمشتري : تبطل شفيعته، سواء علم بالشراء أو لم يعلم، لأنه بطل الجوار، الذي هو سبب الاستحقاق، قبل أخذ الدار بالشفعة.

— ولو سلم الشفعة قبل البيع، لا يكون تسليماً، لأن الشفعة لم تثبت بعد، فلا يصح إبطاله.

ولو سلم بعد الشراء : تبطل الشفعة، سواء علم أو لم يعلم، بخلاف المساومة والاستحجار^(٢).

— ولو أخبر الشفيع أن^(٣) الشراء بألف درهم، فسلم الشفعة، ثم ظهر أن الثمن أكثر، أو أقل، أو على خلاف جنسه، فلا أصل في هذه المسائل أنه إذا لم يحصل غرض الشفيع على الوجه الذي سلم : لم يصح التسليم، وإن حصل - صح : <ف> إذا ظهر أن الثمن أكثر مما أخبر به : لم يبطل التسليم، لأن الشفيع إذا لم يصلح^(٤) له الشراء بالآلاف، فأولى أن لا^(٥) يصلح^(٦) بأكثر منه، فلا يفوت غرضه بما ظهر بخلاف ما أخبر.

ولو ظهر أن الثمن أقل : لا تبطل الشفعة، لأن التسليم يكون لكثرة

(١) « أخذ » ساقطة من .

(٢) أي فيشترط العلم بالشراء - راجع المسألة الأولى ص ٧٧ - ٧٨ .

(٣) « أن » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ب : « لم يحصل » .

(٥) « لا » ساقطة من .

(٦) في ب : « لا يحصل » .

لثمن عنده ، وأنها لا تساوى بها ، ويصلح له الدار^(١) بالأقل .

— ولو أخبر أن الثمن ألف درهم فإذا هو مائة دينار : فإن كان قيمتها ألف درهم^(٢) أو أكثر : صح التسليم ، وإن كان أقل : فله الشفعة ، عندنا ، خلافا لزرقر ، لما قلنا .

— ولو أخبر أن الثمن ألف درهم^(٣) أو مائة دينار ثم ظهر أنها بيعت بمكيل أو موزون قيمته^(٤) مثل ذلك أو أقل : فتسليمه باطل ، لأنه يجوز أن يكون سلم ، لأنه لا يقدر على ذلك الجنس الذى أخبر ، وهو يقدر على الجنس الذى^(٥) بيعت به^(٦) .

— وكذا إذا أخبر أنها بيعت بالخطئة ثم ظهر أنها بيعت بشمير قيمته مثل الخطئة^(٧) أو أقل : فله الشفعة ، لما ذكرنا .

— ولو أخبر أن الثمن دراهم أو دنانير ، ثم ظهر أن الثمن^(٨) عرض من المروض الذى تجب الشفعة بقيمته : فإن كان مثله أو أكثر : فالتسليم صحيح ، وإن كان أقل : <ف> لا يصح ، لأن القيمة دراهم أو^(٩) دنانير . — وإن أخبر أنها بيعت بمرض ثم ظهر أنها بيعت بجنس آخر من المروض : فهو على شفعته لما ذكرنا .

(١) « الدار » ليست في « ا » . وفي « : » ويصلح لهذه الدار » .

(٢) « درهم » من « ا » .

(٣) « درهم » من « ا » .

(٤) « قيمة » ليست في « ا » .

(٥) « الذى » من « ا » .

(٦) « به » من « ا » . وفي « : » « به » .

(٧) في « ا » : « قيمته أكثر من ذلك الخطئة » .

(٨) « دراهم ... أن الثمن » ليست في « ا » . (٩) في « : » « و » .

— ولو بلغه أنها بيعت نصفها^(١)، فسلم، ثم ظهر أنه باع الكل^(٢)؛ فله الشفعة.
وإن كان على عكس هذا: فلا شفعة له^(٣)، لأن الإنسان ربما لا يرضى
مع الشريك، فكان التسليم بناء عليه، ويرضى بالدار كلها^(٤).

وفى رواية: الجواب على ضد ما ذكرنا.

— ولو أخبر أن المشتري زيد، فسلم^(٥)، ثم ظهر^(٦) أنه عمرو؛ فله الشفعة.
وإن كانا^(٧) قد اشترياها جميعا، أخذ نصيب الذى لم يسلم الشفعة فيه،
لأن الإنسان قد^(٨) يرضى بشركة واحد^(٩) ولا يرضى بشركة غيره.
— ولو اشترى الرجل دارا صفقة واحدة، فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها
دون بعض، أو يأخذ ما يليه من الدار — ليس له ذلك، وإنما له أن يأخذ
الكل أو يدع، لأن فيه تفريق الصفقة على المشتري.

— ولو اشترى دارين، صفقة واحدة، فأراد شفيعهما^(١٠) أن يأخذ
إحدهما^(١١) ويترك الآخرى: فليس له ذلك، سواء كانت الداران
متلاصقتين أو لا، وسواء كانتا فى مصر واحد أو فى^(١٢) مصرين، لأن
فيه تفريق الصفقة على المشتري.

(١) فى - و ا : « بضيا » .

(٢) فى ا : « أنها بيعت كلها » . وفى ب : « أنها بيعت كلها » .

(٣) « له » من ا و ح .

(٤) كذا فى ا و ح . وفى الأصل ب : « كله » .

(٥) فسلم « ليست فى ا و ح .

(٦) فى ب : « علم » .

(٧) فى ا و ح : « ولأن كان » . (٨) « قد » ليست فى ح .

(٩) « واحد » ليست فى ح و ا . (١٠) فى ب : « شفيعا » .

(١١) « أن يأخذ أحدهما » من ا ب و ح . (١٢) « فى » من ا ب و ح .

وقال زفر : له الخيار بين أن يأخذها أو يأخذ^(١) إحداها .

- ولو كان الشفيع شفيها لإحداها دون الأخرى ، وقد وقع البيع صفقة واحدة : < ف > على قول أبي حنيفة وأبي يوسف : له أن يأخذها ، وليس له أن يأخذ التي تجاوره ، بالحصة . وقال محمد : يأخذ التي تليه بالشفعة ، ولا شفعة له في الأخرى ، لما ذكرنا .

- ولو أن الشفيع وجد^(٢) الدار المبيعة منقوضة بعد الشراء أو^(٣) مهدومة ، فإنه ينظر : إن كان بفعل المشتري أو الأجنبي فهو بالخيار : إن شاء أخذ العرصة^(٤) بالحصة ، وإن شاء ترك . وإن انتقضت أو أهدمت بنفسها : فله الخيار : إن شاء أخذها بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن أخذ الدار بالشفعة بمنزلة الشراء ، فيثبت الملك بالشفعة في العرصة^(٥) والبناء جميعا ، لكونه تبعها^(٦) ، والأتباع لاحصة لها من الثمن إذا فأت^(٧) لا بصنع أحد ، فأما إذا فأت^(٨) بصنع المشتري أو الأجنبي ، فصار^(٩) مقصودا^(١٠) بالأثر تلاف والقبض ، فيصير لها حصة من الثمن ، وقد تغير المبيع فكان له الخيار على الوجه الذي ذكرنا .

- وإن كان المشتري كرما وفيه أشجار وغار ، فقطع المشتري شجرها

(١) « يأخذ » من أ و ح .

(٢) كذا في أ و ح - وفي الأصل و ب : « إذا وجد » .

(٣) في ح : « و » .

(٤) و (٥) عرصة الدار ساحتها وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء - قيل : وصيت كذلك لأن الصبيان يترصون فيها أي يلعبون ويمرحون (المصباح) .

(٦) « لها » ليست في ب . (٧) و (٨) كذا في ب . وفي الأصل و أ و ح : « فأت » .

(٩) « فصار » من أ و ب و ح . (١٠) « فصار » مقصودة » .

أو جد ثمرها ، أخذ^(١) بحصة^(٢) الكرم ، ويحط قيمة ما أخذ منه .
وإن ذهبت بآفة مساوية : أخذها بجميع الثمن أو ترك ، لما قلنا .
فإن لم يكن ، في وقت الشراء ، فيه ثمر ، ثم أثمرت ، فجدها المشتري ،
فإن الشفيع يأخذها بجميع الثمن إن شاء أو يترك ، ولا يدفع له بحصة
التمر^(٣) ، لأنه لم يكن في أصل^(٤) البيع ، فإن كان الثمر في أصل
البيع^(٥) : فهو كما ذكرنا ، من البناء والنخل .

- وإن كان المشتري أرضا ، فيها زرع^(٦) : فإنه^(٧)
يأخذها الشفيع ، بزرعها^(٨) ، بقلا كان أو مستحصدا ، لأنه تبع
الأرض . فإن حصد المشتري الزرع ثم جاء الشفيع : فإنه أقسم^(٩) الثمن
على قيمة الأرض وعلى قيمة الزرع ، وهو بقل ، يوم وقع عليه العقد ،
فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها من الثمن ، ولا يقسم الثمن على قيمة
الزرع وهو مستحصد - هذه رواية عن أبي يوسف .

(١) في - و ا : « أخذها » .

(٢) ل ب : « بحصة » .

(٣) عبارة كما يأتي : « فإن الشفيع بالخيار : إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك
ولا يدفع حصة الثمن » . ولاحظ أنه في ا و ب - وردت كلمة « الثمن » بدل « التمر » .

(٤) في ا و - : « في وقت » .

(٥) « فإن كان الثمر في أصل البيع » من ا و ب - مع لبس كلمة « الثمر » بكلمة « الثمن » .

(٦) كذا في ا و - . وزاد هنا في الأصل و ب : « مع الزرع » . ففي الأصل و ب :

« فيها زرع مع الزرع » .

(٧) « فإنه » من ا و - .

(٨) في ا و - : « يأخذها الشفيع مع الزرع » .

(٩) في ا و - : « فإنه يقسم » .

وروى عن محمد أنه قال : أقوم الأرض وفيها الزرع ، وأقومها وليس فيها ذلك الزرع ، فما كان بين^(١) ذلك فهو قيمة^(٢) الزرع ولا أقوم الزرع وهو بقل محصود^(٣) .

. . .

ولو كان للدار شفعاء ، بسبب الشراكة^(٤) ، فحضروا : فهي بينهم على عدد الروس ، عندنا .

وعند الشافعي : على قدر الانصاء - وهي مسألة معروفة .

. . .

فإن سلم الشركاء إلا واحدا : فله أن يأخذ الدار كلها^(٥) .
وإن سلم البعض دون البعض : فالدار كلها بين من لم يسلم ، على قدر عددهم .

فإن سلم الشركاء كلهم : فللجيران^(٦) الشفعة ، على عددهم .

. . .

وعلى هذا : إذا بيعت دار في زقاق غير نافذ : فأهله جميعاً شركاء في الشفعة ، وهم أولى من الجيران^(٧) المتلاصقين الذين لا طريق لهم في

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٢) في ا و ح : « من قيمة » .

(٣) راجع في بيان وجه كل : الكاساني ، ٥ : ٥٩ . وما بعده . وانظر الهامش التالي .

(٤) « بسبب الشراكة » ليست في ا و ح . في هذا الموضع وإنما وردت فيها بد قوله فيها تقدم :

« وهو بقل محصود » .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كله » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فلجيران » . انظر الهامش التالي والهامش ٢ ص ٨٤ .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « للجيران » . راجع الهامش السابق .

الزقاق ، لأن الشريك في الطريق أولى . فإن سلم الشركاء في الطريق ،
الشفعة ^(١) ، فلبجوار ^(٢) المتلاصقين .

ولو اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري : « اشتريتها
بألفين » ، وقال الشفيع : « بألف » - فالقول للمشتري في الثمن مع يمينه ،
وعلى الشفيع اليانة . فإن أقام الشفيع اليانة : يقضى بينته ، وإن أقاما جميعا
اليانة : فاليانة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : اليانة
بينة المشتري - وهي تعرف في الخلافات ^(٣) .

ولو اشترى الرجل ساحة ، فبناها ^(٤) ، ثم جاء شفيعها وطلب الشفعة ،
فإنه يقضى له بالمرصة ^(٥) ، ويقال للمشتري « اقلع بناك » ^(٦) وسلم الساحة
إلى الشفيع « عندنا . وروى في رواية ^(٧) عن أبي يوسف أنه يقال
للشفيع : « خذ الدار بالثمن وبقيمة البناء أو أثرك » - وهو قول
الشافعي ^(٨) وهي مسألة معروفة .

-
- (١) « الشفعة » ليست في ١ .
(٢) الجوار جمع جار كبيران (التجد) .
(٣) في ١ : « في المختلف » .
(٤) « فبناها » ليست في ١ - ٢ : « في فيها » .
(٥) راجع فيها تقدم الخامس ٤ ص ٨٩ .
(٦) الكاف من اوب و - .
(٧) « في رواية » من اوب و - .
(٨) « الشافعي » من اوب و - .

ولو أخذ الشفيع الدار بالشفعة ، فبناها^(١) ، ثم استحقت الدار ، فإن المستحق يأخذ الدار ، ويقال^(٢) للشفيع « اهدم بناك » ، ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء إن كان أخذ الدار من يده ، ولا على البائع إن كان أخذها^(٣) منه ، لأنه ليس بمغرور ، ولكن يرجع على المشتري بالثمن ، لأنه لم يسلم له المبيع .

. . .

ولو اشترى الرجل داراً بثمن مؤجل - فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء انتظر إلى مضي الأجل ، فإذا مضى الأجل أخذها^(٤) ، وليس له أن يأخذ بثمن مؤجل ، لأن الأجل إنما ثبت بالشرط ، ولم يوجد بين المشتري والشفيع .

. . .

ولو مات الشفيع بعد طلب الشفعة والأشهاد على المشتري ، قبل أن يقضى له بالشفعة : تبطل الشفعة عندنا ، ولا تثبت للورثة . وعند الشافعي : يثبت للورثة .

فحق^(٥) الشفعة لا يورث ، عندنا ، كالخيار - وعنده يورث .

. . .

(١) في أ و هـ : « ولو أخذ الشفيع وبني » .
 (٢) « الدار فإن المستحق يأخذ الدار » ساقطة من أ و هـ . ففيها : « ثم استحقت : قيل » .
 (٣) في هذا الموضع من - ورقة من كتاب الجنائيات وهي الورقة ٢٥١/٢٥٠ .
 (٤) « فإذا مضى الأجل أخذها » من أ و هـ في - وب .
 (٥) في ب : « لأن حق » . وفي أ و هـ : « وحق » .

ولو اشترى رجل دارا لم يرها، فيمت بمنها دار، فأخذها بالشفعة :
لم يبطل خياره . ولو كان له فيها خيار الشرط^(١) : يبطل خياره - لأنه
لو قال : «أبطلت خيارى قبل الرؤية» : لم يبطل خيار الرؤية^(٢)، فلا يبطل
بدلالة الإبطال، ولو قال^(٣) : «أبطلت خيار الشرط» : يبطل - فكذا بالدلالة.

. . .

ثم الحيلة في إبطال^(٤) الشفعة هل هى مكروهة ؟
روى عن أبي يوسف أنها لا تكره .
وعن محمد أنه قال : أكره ذلك أشد الكراهة .
وعلى هذا : الخلاف فى إسقاط الزكاة ، قبل مضى الحول - والله أعلم .

(١) فى « و ا » : « وإن كان له خيار الرؤية » وليس فيها : « ولو كان له فيها خيار الشرط » .

(٢) « لم يبطل خيار الرؤية » من « ا و ب و » .

(٣) « ولو قال » من « ا و ب و » .

(٤) فى « و ا » فى إسقاط » .

كتاب الذبائح

يحتاج ^(١) إلى بيان :
ما يباح ^(٢) أكله من الحيوان ^(٣) وما لا ^(٤) يباح ، وما يكره ^(٥) ،
وإلى بيان شرائط الإباحة ،
وإلى بيان محل الذبيح وكيفيته ،
وإلى بيان ^(٦) ما يذبح به ،
وإلى بيان أهلية الذبيح .

أما الأول - فنقول :

إن الحيوان على ضربين : مالا ^(٧) يمشي إلا في الماء ، ومالا يمشي
إلا في البر .

(١) في ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) في ح : « ما يحل » .

(٣) « من الحيوان » من أوب و ح .

(٤) « لا » ساقطة من أ و ح .

(٥) « وما يكره » من أ . وفي ب و ح : « أو يكره » .

(٦) « بيان » من أوب و ح .

(٧) « مالا » من أوب و ح . وفي الأصل : « وما »

أما الذي لا يعيش إلا في الماء :

فكله محرم الاكل ، إلا السمك خاصة بجميع أنواعه ، سوى الطافي منه : فإنه مكروه^(١) ، لقوله عليه السلام : « أُحِلَّت لَنَا مِيتَانِ وَدِمَانٌ : السمك والجراد ، والكبد والطحال » - وهذا^(٢) عندنا .

وقال الشافعي : السمك الطافي ، وجميع ما في البحر ، حلال .

ثم عندنا - الطافي على وجهين : إن^(٣) مات بسبب حادث : يؤكل ، وإن مات حتف أمه : لا يؤكل .

وأصله ما روى عن جابر بن عبد الله الأنصاري^(٤) أن النبي عليه السلام نهى عن أكل الطافي .

فأما الذي مات من الحر أو البرد أو^(٥) كدر الماء : ففيه روايتان .

وقالوا في سمكة ابتلعت سمكة : إنها تؤكل ، لأنها ماتت بسبب حادث .

وهو حلال في حق المحرم والحلال جميعا .

وكذلك اصطلياد ما في البحر : حلال^(٦) في حق المحرم والحلال .

(١) في ١ و ٢ : « إلا السمك خاصة : فجميع أنواعه سواء إلا الطافي منه : فإنه يكره » .

(٢) « وهذا » ساقطة من - .

(٣) كذا في ١ و ٢ و ٣ . وفي الأصل : « لما إن مات » .

(٤) هو أحد المكثرين الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومن روى عنهم أبو بكر وعمر وعلي وأبو عبيدة ومما ذكروا عنه جاعات من أمّة التابعين منهم سعيد بن المسيب وعطاء وعمر بن دينار . وقد توفي بالمدينة سنة ثلاث وسبعين وقيل ثمان وسبعين وقيل ثمان وستين وهو ابن أربع وتسعين سنة (التوفى ، التهذيب) .

(٥) « أو » : من ١ و ٢ . وفي الأصل و ٣ : « و » .

(٦) « حلال » ليست في - .

وأما ما^(١) لا يعبى إلا في البقر :

فعلى نوعين : منه ما ليس له دم سائل ، ومنه ما له دم سائل .

أما ما ليس له دم سائل - فكله حرام ، إلا الجراد ، مثل الذباب والزنبور
وسائر هوام الأرض وما يدب عليها وما يكون تحت الأرض من القارة
واليربوع^(٢) والحيات^(٣) والمقارب ، لأنها من جملة الحثاثة ، إلا أن
الجراد يحمل بالحديث الذي ذكرنا^(٤) .

وأما ما له دم سائل - فعلى ضربين : مستوحش ومستأنس .

فالمستأنس منه - لا يحمل أكله^(٥) من البهائم سوى الأنعام ، وهو
الإبل والبقر والغنم ، لقوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام »^(٦) واسم
« الأنعام » خاص فيما ذكرنا عند أهل اللغة^(٧) .
فأما ما لا يحمل فالخيل والبقال والحيل - وهذا قول أبي حنيفة^(٨) .

(١) « ما » ساقطة من « . وفي ١ : « وأما البقر » .

(٢) اليربوع نوع من القواضم يشبه القار تصير اليدين طويل الرجاين وله ذنب طويل (المجد) .

(٣) « والحيات » ليست في « . (٤) راجع لما تقدم ص ٨٨ .

(٥) « أكله » من « و ١ .

(٦) المائدة : ١ - والآية : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير على الصيد وأنتم حرم لأن الله يحكم ما يريد » . وهناك آية أخرى هي الآية
التلاتون من سورة الحج ونصها : « ذلك ومن يظلم حرما لله فهو خير له عند ربه وأحلت لكم
الأنعام إلا ما يتلى عليكم فاجتنبوا الرجز من الأنثوان واجتنبوا قول الزور » .

(٧) قال في المصباح : التَّمَمَ أكثر ما يقع على الإبل - قال أبو عبيد : التَّمَمَ الجمال فقط .
ويؤن ويذكر . وجهه تَمَيَّان وأَنَام أيضاً . وقيل : التَّمَمَ الإبل خاصة والآنعام ذوات الخف والظلف
وهي الإبل والبقر والغنم ، وقيل : تطلق الآنعام على هذه الثلاثة فإذا اقررت الإبل فهي تَمَمٌ ، وإن
اقررت البقر والغنم لم تَمَمَ تَمَّا .

(٨) في « : « والحيل عند أبي حنيفة » . وفي ١ : « والحيل في رواية عن أبي حنيفة » .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك إلا أنها قالوا : يحل القرس^(١) خاصة -
وهي مسألة معروفة^(٢) .

وأما المستأنس من الطيور ، كالدجاج والبط والأوز : > ف> يحل ،
بإجماع الأمة .

وأما المستوحش منه^(٣) - فيحرم كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى
مخالب من الطيور ، إلا الأرنب خاصة ، لحديث رسول الله صلى الله عليه
وسلم - رواه ابن عباس^(٤) : أنه نهى^(٥) عن أكل > كل < ذى ناب
من السباع وكل ذى مخالب من الطير - وخص منه الأرنب لحديث عمر^(٦) .
فدو الناب من السباع : الأسد والذئب^(٧) والنمر والقهد والثعلب
والضبع^(٨) والكلب والسنور البرى والأهلى . وكذلك القيل
وابن عرس من جملة ذى الناب - ونحوها .

وذو المخالب من الطيور : الصقروالبازي والنسر والعقاب والشاهين ونحوها .
وما سوى ذلك من المستوحش من البهائم والطيور : فهو حلال -
كالظبي وبقر الوحش وجر الوحش والأيول^(٩) ونحوها . ومن الطيور :

(١) في ب : > يحل أكل لحم القرس < .

(٢) في ا : > خاصة وهو أيضاً رواية من أبي حنيفة - وهي مسألة معروفة < .

(٣) منه < ليست في ب .

(٤) في ح و ا : > ابن جماعة < (٥) > نهى < ليست في ب - انظر الهامص ٧ .

(٦) من الكسانى : ٣٩٤ : ١٦ - ١٧ . (٧) انظر الكسانى : ٣٩٤ : ٥٠ - ٢٣ - ٢٦ .

(٨) هنا سقط في النسخ الأخرى قلى ح و ا : > أنه نهى عن أكل ذى ناب من السباع

والأسد والذئب < . وفي ب : > أنه عن أكل ذى ناب من السباع كالأسد والذئب < .

(٩) و (١٠) > والضبع < - > والإيل < من أوب و ح .

الحمام^(١) والمصفور والمعمق^(٢) وغراب الزرع الذى يأكل الزرع ولا يأكل الجيف ونحوها^(٣) - إلا أنه يكره أكل^(٤) الغراب الأبقع والغراب الأسود الذى يأكل الجيف .

ويكره الجلالة من الإبل والبقر والغنم^(٥)، لأن الغالب من أكلها النجاسة . فأما الدجاجة المخلاة التى تأكل النجاسة أيضا - قالوا^(٦) : لا يكره . لأنها تخططها بغيرها ، ولأن الجلالة يتن لحمها ويتغير ، ولحم الدجاجة لا يتن ولا يتغير .

ثم الجلالة إذا حبست أياما حتى تمتلئ ولا تأكل النجاسة : تحل . وعن أبي حنيفة روايتان : فى رواية محمد^(٧) : لم يوقت الحبس بل يحبس حتى يطيب لحمها^(٨) ويذهب نكهته^(٩) . وفى رواية أبي يوسف : مقدر بثلاثة أيام . فأما الدجاجة فقد^(١٠) روى عن أبي يوسف أنها لا تحبس ، لأنه لا يتن^(١١) لحمها ، ولكن المستحب أن تحبس يوما أو يومين .

(١) فى : « والحمام » .

(٢) طائر على شكل الغراب أو هو الغراب (المنجد) .

(٣) « ونحوها » ليست فى ب .

(٤) « أكل » من ب .

(٥) « والغنم » ليست فى ب و ا .

(٦) « قالوا » ليست فى ب و ا .

(٧) « محمد » ليست فى ب .

(٨) كذا فى ب و ا . وفى الأصل و ب : « لحمه » .

(٩) فى ب : « نكهته » .

(١٠) « فقد » من ا . وفى ب : « وقد » . وفى ب : « فروى » .

(١١) فى ا و ب : « لا تحبس لأنها لا تخطط ولا يتن » . وفى ب : « لا تحبس لأنها تخطط ولا يتن » .

أما جنين ما يؤكل لحمه - إذا خرج ميتا - لا يحل عند أبي حنيفة وزفر والحسن .
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي ^(١) : يحل - والمسألة معروفة .
وأما شرائط الحل ^(٢)

فإنها - الذبح ، أو النحر في جميع ما يشترط فيه الذبح - لكن النحر في الإبل ، والذبح في الشاة : أحب ^(٣) .
وأصله قوله تعالى : « إلا ما ذكيتكم » ^(٤) ، واسم الذكاة يقع عليهما جميعا .
ومنها - التسمية : حتى لو تركها ، عامدا : لا يحل عندنا - وعند الشافعي : يحل .

وأجمعوا أنه لو تركها ، ناسيا : يحل - والمسألة معروفة .
ثم في ذكاة الاختيار : تجب التسمية لسكل ذبيحة عند الحز ^(٥) والقطع .

(١) كذا في أ و ب و ج . وفي الأصل : « وقالوا » .

(٢) « الحل » ليست في ج .

(٣) في أ و ب و ج وردت « أحب » بعد « النحر في الإبل » . والذبح هو قطع الحلقوم من باطن عند التعجيل وهو موضع الذبح من الحلق . والنحر هو الطعن في المستنحر حيث يبدو الحلقوم من أعلى الصدر . والنحر في الأضفة مثل الذبح في الحلق . يقال ذبح الشاة ونحر البئر (السان) .

(٤) سورة المائدة : ٣ - والآية وما بعدها : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمتخففة والمرغوة والمزدية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيت وما ذبح على النصب وإن تستقسموا بالأزلام فذلك فسق . اليوم ينس الدين كفروا من دينكم فلا تخشعوا واخشون . اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً . فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم . يألونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات وما علفتم من الجوارح مكلبين تعلمونن مما عليكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله إن الله سريع الحساب . اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم » .

(٥) في أ و ب و ج : « الجز » - وكلاما صحيح ومعنى القطع .

في ذكاة الاضطرار: يشترط عند^(١) الرمي والارسال لا عند الاصابة^(٢).
ولا يشترط التمين لسكل صيد، بخلاف الاهلية^(٣). يانه أنه:
— لو أضجع شاة ليدبحها، فسمى، ثم بداله أن لا يدبحها^(٤) فأرسلها،
وأضجع أخرى فذبحها^(٥) بتلك التسمية: لم يحل.
— ولو رمى صيدا، وسمى، فأخطأه وأصاب آخر فقتله: فلا بأس بكله،
لأن التسمية، عند الذبح^(٦)، تشترط عند القدرة، وعند المعز أقيم
الارسال والرمي مقام الذبح إذا اتصل^(٧) به الآلة.
— وكذا لو أرسل كلبا على صيد بعينه، وسمى، فأخذ غير الذي هو مسمى
عليه من غير أن مال^(٨) عن سنن الأولى^(٩): يحل.
— ولو ذبح شاة وسمى^(١٠)، ثم ذبح أخرى فظن أن التسمية
الأولى تهزى عنها: لم يؤكل^(١١)، فيجب^(١٢) أن يحدث لسكل
ذبيحة^(١٣) تسمية.

— ولو رمى سهبا وسمى، فقتل به من الصيد اثنين، أو^(١٤) أرسل كلبا

(١) «عند» ليست في ب. (٢) انظر لها بد من ٩٥

(٣) «بخلاف الاهلية» من اوب و. (٤) «أن لا يدبحها» من ا.

(٥) «فدبحها» ليست في ح. (٦) «عند الذبح» من اوب و. ح.

(٧) في ا و ح: «اتصل». (٨) في ح: «ماله».

(٩) في ا و ح: «الارسال».

(١٠) «فأخذ غير الذي هو مسمى عليه... ولو ذبح شاة وسمى» ليست في ب - «وسمى»

ليست في ا و ح.

(١١) في ح: «لم يكن من الآخر». وفي ا: «لم يكن من الاخرى».

(١٢) في اوب و ح: «ولا بد» بدل «فيجب».

(١٣) في ح: «لسكل ذبيحة». (١٤) «أو» ساقطة من ح.

وسمى ^(١) فقتل صيدين : يحل كله ^(٢) ، لما قلنا .

- ولو سمي وتكلم بكلام قليل ، أو فعل فعلا قليلا ، ثم ذبح ، فلا بأس به ، ويجعل كالتصل للضرورة . أما إذا تكلم بكلام طويل ، أو فعل فعلا كثيرا ^(٣) ، بين التسمية والحز : لا يحل .

وضمها - فحريده اسم الله عند الذبح عن اسم غيره ^(٤) - حتى لو قرن باسم الله اسم غيره ، وإن ^(٥) كان اسم النبي عليه السلام : فإنه لا يحل ^(٦) . وتجريده عن الدعاء مستحب . وليس بشرط ، بأن قال ^(٧) « باسم الله ! اللهم ^(٨) تقبل عني أو عن ^(٩) فلان » . ولكن ينبغي أن يدعو بهذا وبمثله قبل التسمية أو بعد الفراغ عن التسمية منفصلا عنها . ولكن لا يوجب الحرمة . ولو سبغ أو هلك أو كبر وأراد به التسمية على الذبيحة : يحل ^(١٠) . أما لو أراد به الحمد على سبيل الشكر ^(١١) : لا يحل .

(١) « وحى » ساقطة من أ و ح .

(٢) في أ و ب و ح : « أسكه » .

(٣) في ب : « كبيرا » .

(٤) في أ : « ومنها تحريم قرآن اسم الله تعالى مع اسم غيره » . وفي ح : « ومنها تحريم اسم الله تعالى على اسم غيره » .

(٥) « وإن » من أ و ب و ح . وفي الأصل : « فإن » . وفي الكشاف (٥ : ٤٨ : ٢٤) مثل ما أبتناه في المتن

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « لا يجوز » .

(٧) « قال » ساقطة من أ . (٨) « اللهم » ساقطة من أ .

(٩) في أ : « منى أو من » . وفي ح : « عني أو من » .

(١٠) « يحل » ساقطة من ب .

(١١) في ب : « أراد به التسمية عند افتتاح العمل » ، وهي عبارة تسترد به . وفي ح : « الحمد على سبيل الشك » .

وكذا لو سمي : ينبغي^(١) أن يريد به التسمية^(٢) على الذبيحة . أما لو أراد به التسمية عند افتتاح العمل : لا يحل .

وأما محل الذبيح ، وكيفيته - فنقول :

الذكاة نوعان : ذكاة اختيار ، وذكاة اضطرار .

أما ذكاة الاضطرار - فمحلها جميع البدن ، فيحل بوجود الجرح أينما أصاب ، على ما نذكره .

وأما ذكاة الاختيار - فمحلها ما بين اللبّة واللحيتين ، لقوله عليه السلام : « الذكاة ما بين اللبّة واللحيتين »^(٣) .

• • •

ثم الذكاة هي فرى^(٤) الأوداج ، والأوداج أربعة : الحلقوم ، والمرئ ، والمرقان الأذان بينهما الحلقوم والمرئ : فالحلقوم مجرى النفس ، والمرئ مجرى الطعام والشراب ، والمرقان مجرى الدم . فإذا قطع الأوداج الأربعة : فقد آتى^(٥) بالذكاة المأمور بها بتمامها .

(١) في ب : « لا ينبغي » .

(٢) « التسمية » ليست في أ و ح .

(٣) في أ و ح : « والقية » . والقبة المنحرف من الصدر (القرب) . راجع ص ٩٢

(٤) أي قطعها وشقها - قيل : يقال أفرى لأفرد أي قطع للإفساد وشق كما يفرى القاص والسبع . وفرى فرأى قطع للإصلاح ، كما يفرى الجزار القديم . وقد جاء بمعنى أفرى أيضاً لا أنه لم يسمع به في الحديث (القرب والمصباح) . وسيأتي عند « بيان ما ينكح به وهو الآلة » الحديث : « كل ما أهر الدم وأفرى الأوداج فهو ذكاة » . (انظر فيما بعد ص ٩٨-٩٩)

(٥) في ح : « آوئى » .

فأما إذا نقص من ذلك - فقد اختلفوا فيه :

روى عن أبي يوسف ^(١) عن أبي حنيفة أنه إذا قطع أكثر الأوداج : حل . وفسر ذلك بأن قطع ثلاثة منها من أى جانب كان - وبه أخذ ، ثم رجع فقال : لا يحل ما لم يقطع الحلقوم والمرى* وأحد الودجين . وروى عن محمد عن أبي حنيفة ^(٢) أنه قال : ما لم يقطع الأوداج الأربعة أو الأ* أكثر من كل واحد منها ^(٣) : لا يحل ، حتى إنه إذا قطع الثلاثة أو الأ* أكثر منها وقطع نصف الرابع أو أقل : لا يحل - وبه أخذ محمد .

فصار الحاصل - أن عند أبي حنيفة : الأ* أكثر على رواية أبي يوسف يرجع إلى الثلاثة منها ^(٤) ، وعلى رواية محمد : الأ* أكثر يرجع إلى كل واحد من الأربعة ^(٥) . وقال محمد : إنه لا يحل ما لم يقطع الكل أو الأ* أكثر من كل واحد منها ^(٦) . وقال أبو يوسف : يحل إذا قطع ثلاثة منها : الحلقوم والمرى* وأحد الودجين .

وقال الشافعى : إذا قطع الحلقوم والمرى* : يحل .

(١) فى ب : « روى أبو يوسف » .

(٢) فى ا و ه : « وروى عن أبي حنيفة » . وفى ب : « وروى محمد عن أبي حنيفة » .

(٣) كذلك فى ب و ه . وفى الأصل و ا : « منها » .

(٤) فى ا و ب و ه : « .. أن عند أبي حنيفة إذا قطع الأ* أكثر على رواية أبي يوسف

وهو الثلاثة منها : يحل » - و « وهو » ليست فى ب .

(٥) فى ا و ب و ه : « من الأوداج » .

(٦) « منها » ليست فى ب . وفى ا و ب والأصل : « منها » .

ولو أبان رأس البعير أو الشاة^(١) بالسيف : < ف > إن كان من قبل
الملقوم : أكل ، وإن كان من قبل^(٢) القفا : < ف > إن صار بحال لا يعيش
قبل قطع الأوداج : لا يحل ، وإن كان بحال يعيش : يحل .

ويكره في حال الذبح^(٣) أن يجرها برجلها إلى المذبح ، أو يضجها
ويحد الشفرة بين يديها .

ويكره أن يذبها على وجه يبلغ^(٤) الخاع ، وهو العرق الأبيض
الذي في عظم الرقبة .

ويكره أن يسلمخ قبل أن تموت ، لأن هذا زيادة ألم لا يحتاج إليه .
فإن نضح^(٥) أو سلخ^(٦) قبل أن تبرد فلا بأس بذلك ، لأنه لم يوجد
فيه ألم : ذكره الكرخي . وبعض المشايخ قالوا^(٧) : يكره الخاع
بعد الموت قبل أن يبرد ، ويكره السلخ .

(١) في أ - : « رأس البعير أو البقر أو الشاة » . وفي ب : « رأس البقرة أو الشاة » .

(٢) « قبل » كيت في أ - .

(٣) « الذبح » ليست في ب - .

(٤) في - : « يضي » .

(٥) نضح الذبيحة جاوز بالسكين متى الذبح فأصاب نخاعها (المنجد . والزبيدي .
٢٩٢ : ٥ . والكاساني . ١٤ : ٦٠٥) وراجع ما تقدم في المتن .

(٦) كذا في - أ - . وفي ب : « وسلخ » . وفي الأصل : « وآسغ » .

(٧) في - : « كذا ذكره الكرخي وقال بعض المشايخ » . وفي أ : « كذا ذكره

الكرخي وبعض المشايخ كرهوا » . وفي ب : « كذا ذكره الكرخي وبعض المشايخ قالوا » .

وعن مجاهد^(١) أنه قال^(٢) : كره رسول الله صلى الله عليه وسلم سبعة من الشاة^(٣) المذبوحة : الذكر ، والأُنثيين ، والقيل ، والغدد ، والثانة ، والمرارة ، والدم .

ثم أبو حنيفة فسر هذا وقال : الدم حرام للنص القاطع . وأما < الحكم > في السبعة : < ف > مكروه ، لأنه مما لا تستحسنه^(٤) الأُنفس . وإنه أراد به الدم المسفوح ، فأما دم^(٥) الكبد والطحال ودم اللحم : فليس بحرام^(٦) .

وأما بيان ما يذكرى به - وهو الذئبة :

فملى ضربين : آلة تقطع وآلة تفسخ .

فالآلة التي تقطع - على ضربين : حادة ، وكليلة :

فالحاددة : يجوز الذبح بها ، حديدًا كانت أو غير حديد ، من غير كراهة .

والكليلة التي تقطع^(٧) : يجوز الذبح بها ، مع الكراهة ، حديدًا

كانت أو غير حديد .

(١) مجاهد بن جبر : تابعي . وهو إمام في الفقه والتفسير والحديث . سمع من الصحابة ابن عمر وابن عباس وأبا هريرة وعائشة وغيرهم . ومن التابعين طاووس وابن أبي ليلى وآخرين . توفي ، وهو ابن ثلاث وثلاثين سنة ، سنة ١٠١ هـ . وقيل سنة ١٠٠ وقيل سنة ١٠٢ وقيل سنة ١٠٣ (التتوي : التهذيب) .

(٢) قال « من أو » .

(٣) « الشاة » من أو ب و هـ . وفي الأصل : « الذبيحة المذبوحة » .

(٤) في أو ب و هـ : « مما تستحسنه » .

(٥) « دم » ليست في أو هـ فصيحا : « فأما الكبد » .

(٦) راجع الكسائي ٥٠ : ٦١ هـ وما بعده . وراجع فيما تقدم ص ٨٨ .

(٧) في أو هـ : « وكليلة تحسن » .

و^(١) أصله قوله عليه السلام : « كل ما أنهر الدم وأفرى^(٢) الأوداج فهو ذكاة^(٣) » .

وقال أصحابنا : إذا ذبح بظفر منزوع أو بسن^(٤) منزوع : جاز ، مع الكراهة^(٥) .

وقال الشافعي : لا يجوز .

وأما الآلة التي تنسخ - فهو نحو الظفر القائم والسن القائم : إذا ذبح به^(٦) : لا يحل ، لأنه يعتمد على المذبوح من وجه ، فيتخق ويتفسخ - حتى قالوا : إذا كان الظفر طويلا ، فأخذ إنسان آخر يده ، وذبح بظفره ، وأمر عليه كما يمر السكين : يحل ، لأنه لم يعتمد عليه حتى يكون فيه معنى التخقيق .

وأما بيان أهلية الذبح - فنقول :

يشترط أن يكون من أهل الملة التي يقر عليها ، ويقتل الذبح ، ويضبطه ، ويقدر عليه - لأنه إذا كان من أهل الملة ، وهو عاقل ، فالظاهر^(٧) أنه يأتي باسم الله تعالى^(٨) عند الذبح ، وإذا لم يكن عاقلا ، فإجراء اسم

(١) الروا من أ و ح .

(٢) راجع للمامش ٤ ص ٩٥ .

(٣) « فهو ذكاة » ليست في أ و ب و ح .

(٤) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « أو سن » .

(٥) في أ و ح : « جاز الذبح منها مع الكراهة » . وانظر ما يلي في المتن .

(٦) في أ : « بهما » . وراجع ما تقدم في المتن .

(٧) اتفاق . من أ و ب و ح .

(٨) « تعالى » من أ و ب و ح .

الله تعالى^(١) على لسانه وعدمه سواء^(٢)، ولهذا لا يفسخ الإسلام منه .
والقدرة على الذبح لا بد منها حتى يتحقق فعل الذبح ، على وجهه .
فيصح الذكاة من المسلم والكتاني إذا عقلا الذبح ، ولا يترك التسمية
عمدا ، سواء كان ذكرا أو أنثى ، صغيرا أو بالغا .
ولا يجوز ذبح الجوسي ولا المرتد . ولا ذبح الصبي^(٣) والسكران
والجنون إذا لم يعقلوا ولم يضبطوا الذبح^(٤)

هذا الذي ذكرنا في غير الصيد - فأما في الصيد^(٥) : فيشترط^(٦)
أن لا يكون محرما ، ولا الذبح بأمر الحرم ، ولا^(٧) في الحرم - حتى
لا يؤكل ما يذبح الحرم من الصيد ، أو يأمر به ، ولا ما يذبحه^(٨) الحلال
في الحرم من الصيد ، ويكون ذلك كالميتة . فأما ذبح الحرم غير الصيد :
< ف > سبب الحل ، في الحل والحرم^(٩) .

(١) « تعالى » من اوب و ح .

(٢) « سواء » ساقطة من ا .

(٣) في ا : « والمرتد والصبي » .

(٤) « فلا تؤكل ذبيحة الجنون والصبي الذي لا يعقل والسكران الذي لا يعقل ... »

فلان كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران « الكسانى » ١٤٤ : ٤٥٠ .

(٥) الصيد اسم لما يتوحش ويبتنع ولا يمكن أخذه إلا بحيلة إما لطيرا ، أو لندوة (انظر

للغرب . وراجع حكم صيد الحرم في ١ - ص ٦٤٧ وما بعدها . وانظر فيما يلي كتاب الصيد) .

(٦) لقاء من ا و ح .

(٧) « ولا الذبح بأمر الحرم ولا » من ا و ح .

(٨) في ب : « ولا ما لا يذبح » .

(٩) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » وراجع ١ - ص ٦٤٧ وما بعدها .

كتاب

الصيد

الاصطياد (١) مباح في البحر في حق كافة الناس ، وفي البر في حق غير الحرم على كل حال إلا في الحرم ، وفي حق الحرم لا يباح في الجبل ولا في الحرم (٢) .

وأصله قوله تعالى : « أحل لكم صيد البحر (الآية) » (٣) ، ولأن الكسب مباح في الأصل ، وما يصيده قد يؤكل ، وقد ينفع بجلده وبشعره (٤) ، ونحو ذلك .

ثم ما يباح أكله من الصيد ، المأكول ، بأخذ الجوارح والرمي وغير ذلك من فعل العباد - إذا مات قبل أن يقدر (٥) عليه ، له شرائط :

(١) في ١٠ : « قال رحمه الله : الاصطياد » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ١٠٠ و ١٠١ ص ٦٤٧ .

(٣) المائدة : ٩٦ والآيات الساجدة عليها متصتان بالموضوع وفيها على نصها جيب : « يا أيها الذين آمنوا ليلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورواحكم ليعلم الله من يخافه بالنيب فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم . يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من التمس بحكمه ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياماً لينزق وابل أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فيقتحم الله منه والله عزيز ذو انتقام . أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللبجارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً واتخذا الله الذي إليه تعلمون » .

(٤) كذا في ١ و ٢ . وفي الأصل وب : « وشعره » .

(٥) في ١ : « تقرر » . وفي ٢ : « يقرر » .

أمرها - أن تكون الآلة ، التي بها يصطاد جارحة ، تبحر الصيد ، وهو السهم والسيف والرمح^(١) والحيوان الذي له ناب أو مخالب فيجرح به ، < فيموت >^(٢) - هذا هو الرواية المشهورة . أما^(٣) إذا لم يجرح الكلب أو البازي : < ذ > لا يحل .

وروى عن أبي حنيفة أن الكلب إذا خنق : يحل . ولو لم يخنقه ولم يجرحه ولكنه كسره فأت - ففيه روايتان .
ولو أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه ، فإن وصل إلى اللحم فأدماه : أكل ، وإلا فلا .

واختلف المشايخ في الشاة إذا اعتلفت بالمُتَّاب^(٤) فذبحت ولم يسلم منها الدم : فقال^(٥) أبو القاسم الصغار^(٦) : لا يحل . وقال أبو بكر الإسكافي^(٧) : يحل .

وهذا إذا مات بجرحه غالباً . فأما إذا وقع الشك^(٨) : < ذ > لا يحل

(١) أضاف في أ و ح : « والسكين » .

(٢) في الأصل و ا و ب و ح : « فأت » .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « ذ » . وفي الكشاف (٥ : ٤٤ : ٧ - ٨)

مثل ما في الأصل .

(٤) المُتَّاب شجر به كعب الزيتون أحر حلو (المنجد) . وفي ح و ا : « بالمتاب » .

وفي ب : « في التناوب » .

(٥) في ب : « وقال » .

(٦) هو أحمد بن حنبل - أخذ عن بصير بن يحيى عن محمد بن سماعة عن أبي يوسف وكان لهاماً كبيراً - إليه الرحلة بفتح . ختمه عليه أبو حامد أحمد بن الحسين المروزي . ومات سنة ٢٣٦ هـ في السنة التي تولى فيها أبو بكر الإسكافي . وقيل مات سنة ٢٢٦ هـ . (الكنتى ، ٢٦)
وله هو المراد بالصغار في ص ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٧) راجع ترجمته في الهامش ص ٧ من ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٨) الشك فيها لذا مات بجرحه أو بسبب آخر لا يفيد الحل (انظر الكشاف ، ٥ : ٥٨ : ١٠) .

إذا كان يمكن الاحتراز عنه^(١)، بأن^(٢) رمى صيدا في الهواء فسقط على جبل، أو سطح، أو شجر، أو على سنان ومع مركوز في الأرض، أو على حرف آجرة أو صخرة، أو في الماء، ثم سقط على الأرض - لا يحل، احتياطا لجانب الحرمة.

وإذا وقع على آجرة^(٣) مطبوخة^(٤) على الأرض، أو على أرض^(٥) صلبة - فالقياس أن لا يحل، وفي الاستحسان: يحل، لانه لا يمكن الاحتراز عن الأرض.

والثاني - أن يكون الحيوان الجارح معلما، لقوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مَكَلِّينَ »^(٦).

(١) في أ و ح : « إذا كان لا يمكن الاحتراز عنه . » وفي ب : « لا إذا كان لا يمكن الاحتراز عنه . » أي عن هذا السبب الآخر . (انظر الكشاف . ٥٨ : ٥٠ . ١٥ : ٥) والهداية وشروحا . ٩ : ٥٨ وما بعدها)

(٢) في ح و ا : « فإن » .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل « آجر » . والآجر اللبن إذا طبع والواحدة آجرة وهو مربع (المصباح) .

(٤) في ب و ح : « مطبوخة » .

(٥) « أرض » ليست في أ و ح .

(٦) القائمة : « ونصا : « يَأْتِيكَ مَاذَا أَحَلَّ لِمَنْ ؟ قل : أحل لكم الغنيات وما علم من الجوارح مكَلِّينَ تلونن بما علمكم الله فكروا بما أمكن عليكم واذكروا اسم الله عليه وانقروا الله إن الله سميع عليم » . وفي المصباح : كَلِّبَ تَكْلِيبًا علمته الصيد . وقال الكشاف (٥ : ٥٢) : « قوله تعالى « مكَلِّينَ » قرئ . بالتحفص والتصب . وقيل بالتحفص صاحب الكلب : يقال كلاب ومكلب - وبالتصب الكلب المعلم . وقيل المكَلِّينَ بالتحفص الكلاب التي يتكلم الصيد أي يأخذنه عن شدة فالكلب هو الأخذ عن شدة ومته الكلوب للآلة التي يؤخذ بها الحديد . وقوله جلت عظمت « تلونن » أي تلونن ليمسكن الصيد لكم ولا يأكلن منه - وهذا أحد التعليل في الكلب عندنا » .

وتعلم ذى الناب أنه إذا أرسل يتبع الصيد ، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه^(١) ولم يأكل منه شيئا .

وتعلم ذى^(٢) المطلب أن يستجيب^(٣) إذا دعى ، ويتبع الصيد إذا أرسل ، وإن^(٤) أكل منه فلا بأس به^(٥) .

ثم أبو حنيفة ، في ظاهر الرواية ، لا يوقت في التعليم ولكن ينبغى أن يقول أهل العلم بذلك : إنه معلم .

وروى الحسن عنه أنه قال : لا يأكل أول ما يصيد^(٦) ولا الثانى ثم يؤكل الثالث وما بعده .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا صاد^(٧) ثلاث مرات ولم يأكل فهو معلم . ثم إذا صار معلما ، من حيث الظاهر ، وصاد به صاحبه ، ثم أكل بعد ذلك من^(٨) صيد يأخذه ، فقد بطل تعليمه ، ولا^(٩) يؤكل بعد ذلك صيده ، حتى يعلم تعلما ثانيا بلا خلاف^(١٠) .

(١) فى ١ : « لصاحبه » . وراجع المامق ٦ من ١٠٣ .

(٢) « ذى » من اوب و .

(٣) فى ١ : « أن يجيب » .

(٤) فى اوب و : « الصيد فإخذه وإن » .

(٥) كذا فى اوسو ، وليس فى ١ : « به » . وفى الأصل : « ولكن أكل منه أو أخذ فلا بأس به » .

(٦) الباردة فى اوسو : « لا يؤكل الصيد الأول » . وفى الكلبانى (٥٣ : ٥) : « لا يأكل

ما يصيد أولا ولا الثانى ولو أكل الثالث وما بعده » .

(٧) فى اوب و : « إذا أصاب » .

(٨) كذا فى اوسو . وفى الأصل و : « من » .

(٩) فى اوب و : « فلا » .

(١٠) فى اوسو : « تعلما ثانيا بلا خلاف الأول » .

فأما مصادره قبل ذلك هل يؤكل جديده وقديمه^(١)؟ عند أبي حنيفة:
لا يؤكل، لأنه ظهر^(٢) أنه ماصار مملا. وعندهما: يحل، لأن العالم^(٣)
قد ينسى.

والثالث — أن لا يكون الحيوان الجارح الذي يصطاد به محرم العين،
كالخنزير، فإنه — وإن كان مملا — لا يحل صيده.
فأما ما سواه من الجوارح، إذا علم، يحل صيده، كالقهد والاسد
والذئب^(٤) والنمر وابن عرس.

والرابع — أن يكون الإرسال^(٥) ممن هو أهل للذبح، لأن
الإرسال والرمي بمنزلة الذبح، فلا بد من أن يكون المرسل أهلا، من
مسلم أو كتابي، مع سائر الشرائط^(٦).
والخاص — أن يكون الإرسال^(٧) على ما هو صيد مشاهد معين،
بأن رأى صيدا أو جماعة فرمى إليهم.

فأما التعيين فليس^(٨) بشرط، حتى إنه^(٩) لو أصاب صيدا آخر سوى
ما عين^(١٠)، يحل، لأن الإرسال وجد إلى الصيد، وفي التعيين حرج.

(١) كذا في ١٠. وفي الأصل وب و ح كذا: «وقديمه». راجع الكاساني، ٥٥٠.

٥٣: من أسفل.

(٢) كذا في ١٠. وفي الأصل: «فظهر». وفي ب: «وظهر به». وفي ح: «فظهر به».

(٣) في أ و ح: «الم».

(٤) «والذئب» ليست في ب.

(٥) في أ و ح: «المرسل».

(٦) راجع فيما تقدم أهلية الذبح: ص ٩٩ وما بعدها.

(٧) «الإرسال» ليست في أ و ح. (٨) القاء من أ و ب و ح.

(٩) «إنه» من أ و ب و ح. (١٠) في أ و ح: «سوى ما عين».

- ولو أرسل إلى ماليس بصيد من الإبل والبقر والغنم أو آدمى ، فأصاب صيدا ، لا يحل ، لأنه لم يوجد الإرسال إلى الصيد .

- ولو سمع حس صيد ، فظنه صيدا ، فأرسل ^(١) عليه كلبه أو رمى سهمه إليه ، فأصاب صيدا ، وبأن له أن ماظنه صيدا فهو غنم أو آدمى ، لا يحل ، لأنه ما أرسل إلى الصيد ، لكنه ظنه كذلك .

- ولو سمع حسا ، ولا يعلم أنه حس صيد أو آدمى ، فأرسل ^(٢) ، فأصاب صيدا ^(٣) ، لا يحل .

- ولو سمع حسا فظنه آدميا ، فرماه ، وأصاب الذي سمع حسه ، فإذا هو صيد - قالوا ^(٤) : يحل ، لأنه رمى إلى محسوس معين ^(٥) ، لكنه ظن أنه آدمى ، وقصد آدمى ، فظهر أنه بطل قصده ، ولكن الرمي صادق محله ، وهو الإرسال إلى محسوس معين ، وهو الصيد . فصح إرساله ، وتسميته - كمن أشار إلى امرأته وقال : « هذه السكابة طالق » : تطلق ، وإن أخطأ الاسم ^(٦) .

(١) كذا في أ و ب و ح - وفي الأصل : « فظنه صيدا فهو غنم فأرسل » ذ « فهو غنم » سبق قلم ، وسيتبين ذلك فيما يلي .
 (٢) « فأرسل » ليست في أ .
 (٣) « وبأن له أن ما ظنه ... فأرسل فأصاب صيدا » ساقطة من ب .
 (٤) « قالوا » ليست في أ و ح .
 (٥) « معين » ليست في ب .

(٦) « رمى إلى محسوس معين ... وإن أخطأ الاسم » من أ . وهي في ب و ح مع خلاف لفظي يسير لا يثير من المعنى شيئا . وفي الأصل بدل هذه العبارة : « لأنه تبين أنه قد قصد الصيد فكان الإرسال إليه » .

- ولو ظن حس صيد^(١)، فرماه أو أرسل، فإذا هو حس صيد^(٢)،
غير مأكول أو مأكول، وأصاب صيدا آخر^(٣) : يحل . وقال زفر :
إن كان صيدا لا يؤكل لحمه : لا يحل . وروى عن أبي يوسف أنه قال^(٤) :
إن كان^(٥) خنزيرا لا يحل خاصة . والصحيح قولنا ، لأن الصيد اسم
للمأكول وغيره .

والسادس - أن يكون ، فور الإرسال ، باقيا ، ولا ينقطع إلى
وقت الأخذ^(٦) والاصابة ، حتى إنه إذا أرسل إلى صيد وسمى ، فأخذ
في ذلك الفور من الصيد فقتله ، يحل . فإذا انقطع الفور ، بأن جثم على
صيد طويلا ثم مر به صيد آخر^(٧) ، فقتله ، لا يحل الثاني .

- وكذلك في الرمي إذا تخير^(٨) ، بأن رمى إلى الصيد ، فذهب به
الريح يمنة أو يسرة ، فأصاب صيدا : لا يحل .

- ولو أصاب السهم حائطا أو صخرة ، فرجع السهم ، وأصاب الصيد :

(١) في ب : « ولو حس صيدا » .

(٢) في ج و ب : « و » .

(٣) « صيد » ليست في ا و .

(٤) « آخر » ليست في ب .

(٥) « أنه قال » من ا و .

(٦) « كان » ليست في ج .

(٧) في ا : « وقت الإرسال والاصابة » .

(٨) « آخر » ليست في ب .

(٩) في ب : « إذا تخير » .

فإنه لا يؤكل ، وهذا لأن الإرسال انقطع ^(١) فاحتمل ^(٢) أنه حصل ^(٣) بقوة غيره ، ولا ^(٤) يحل مع الشك .

فأما إذا مر على سنته ^(٥) : فإن أصاب الحائط ، فلا بأس به .
- ولو أرسل رجلان كلبين ، أو ^(٦) رميا سهمين ، فأصابا معا صيدا ، فقتلاه ، فهو بينهما ، لوجود السبب منهما جميعا . ولو سبق أحدهما ، فهو له ، لأن سبب الملك والذبح ^(٧) وجد منه سابقا ^(٨) ، وهو الإرسال بآثره ، فكان أولى .

والسابع - التسمية ، في حال الإرسال ، إذا كان ذا كرا لها ، لأن الإرسال والرمي ذبح من الفاعل ، تقديرا ، فيشترط التسمية عنده ، كما في الذبح ، إلا أنه لا يشترط على كل صيد بعينه ، بخلاف الذبح - على ما مر ^(٩) .
والثامن - أن يلحقه المرسل ، و ^(١٠) الرامي ، أو من يقوم مقامهما ، قبل انقطاع الطلب أو ^(١١) التواري عنه - وهذا استحسان ، والقياس أن لا يحل .

(١) في ا و : « انقطع ثورده » .

(٢) في ا و : « أو احتمل » .

(٣) « حصل » ليست في ا و .

(٤) في ا و : « فلا » .

(٥) أي مر في طريقه مستقيا كما هو لم يتغير أي لم يرجع عن وجهه (القرب) .

(٦) في ب : « و » .

(٧) « والذبح » من ا و ب و .

(٨) في ا و ب و : « وردت كلمة « سابقا » بد قوله الآتي : « وهو الإرسال بآثره » .

فكانت البارة فيها : « وجد منه - وهو الإرسال بآثره - سابقا » .

(٩) راجع فيما تقدم ص ٩٢ - ٩٤ .

(١٠) في ا و ب و : « أو » . (١١) في ب : « و » . وفي : « إن » .

لاحتمال أنه مات بسبب آخر ، لكن ترك القياس بالاثار والضرورة ،
لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

فأما إذا قعد عن طلبه ثم وجده بعد ذلك ميتاً^(١) : فلا يؤكل ، لأنه لا ضرورة .
و^(٢) أصله ماروى عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك فقال : « كُلْ »
ما أصحمت ودع ما أنميت ،^(٣) - قال أبو يوسف : الإصماء ما عاينه ،
والأنعام ما توارى عنه^(٤) .

والتاسع - أن لا يدرك ذبحة^(٥) الاختيار^(٦) بأن كان ميتاً . فإن كان
بجمال لا يعيش ، ولم يذبحه : ففيه^(٧) اختلاف ، بناء على مسألة المتردية والنطيحة
والموقودة^(٨) : إذا^(٩) ذبحت هل تحل^(١٠) أم لا ؟ - وهى على وجهين :

(١) « ميتاً » من ا و ح .

(٢) الراوى من ا و ب و ح .

(٣) فى « ما أنميت » . وانظر الحاشى الثالث .

(٤) فى المغرب : « فى الحديث : كل ما أصحمت ودع ما أنميت - الإصماء أن يرمي

فيوت بين يديه سرياً ، والإنعام أن يذبح بعدما أصابه ثم يموت » .

(٥) فى ا و ح : « ذبح » .

(٦) كذا فى ب و ا . وفى « الأصل » : « الاختيارى » .

(٧) فى ا و ح : « أو كان بجمال لا يعيش أو لم يذبحه فيه » . وفى ب : « أو كان

بجمال لا يعيش لو لم يذبحه وفيه » .

(٨) قال تعالى فى الآية الثالثة من سورة المائدة : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير

وما أهل قنبر الله به والمنخنقة والموقودة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكركم وما

ذبح على الصليب وأن تنقضوا بالأزلام - ذلكم نطق . اليوم يحس القنبر كفرًا من دينكم فلا

تخشعوا واخشون . اليوم أكدت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً فمن

اضطر فى خمسة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » .

و المتردية التى سقطت فأت من غير ذكاة . والنطيحة التى ماتت من النطق من غير ذكاة .

والموقودة التى قتلت بالحطب أو بنيره فأت من غير ذكاة - من وقد معنى ضرب حتى استرخى

وأشرف على الموت (المصباح) .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « وإذا » .

(١٠) فى ا و ح : « لذا ذكيت هل تحل له » .

إن كان فيها حياة^(١) مستقرة : حلت بالذبح في قولهم جميعا . وإن كانت فيها حياة ولكنها غير مستقرة : تحل بالذبح عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف^(٢) : إن كان فيها من الحياة^(٣) ما يبش مثلها : تحل ، وإن كان لا يبش مثلها^(٤) : لا تحل .

وقال محمد : إن بقي حيا أكثر من بقاء المذبوح بعد الذبح : يحل . إذا ثبت هذا ففى هذه المسألة : إذا وجد^(٥) حيا : تبطل الذكاة الاضطراريّة > عند أبي حنيفة^(٦) وإن لم^(٧) يكن فيه حياة مستقرة ، وعندهما : على الوجه الذى قلنا^(٨) .

ولو أبان رأس الصيد وسمى : يحل كله^(٩) . ولو قطع عضوا منه سوى الرأس ، فأت : لم يؤكل المصنوع المبان ، ويحل الباقي^(١٠) - لأن الأوداج تنقطع^(١١) بإبانة الرأس ، فيكون^(١٢) ذبحا .

(١) « حياة » ساقطة من أ .

(٢) فى أ : « أبو يوسف وعده » . وانظر ما على فى المتن .

(٣) « إن كان فيها من الحياة » ساقطة من أ .

(٤) « مثلها » ليست فى د و أ .

(٥) فى ب : « ووجه » .

(٦) فى د : « الاضطراري يحل عند أبي حنيفة » .

(٧) « لم » ساقطة من د .

(٨) كذا فى أ و ب و د . وفى الأصل زاد : « بأن كان فيه حياة مستقرة » . وانظر

الكشافى ٥٠ : ٥٠٠ : ٢٠٠ من أسفل - ٥١ .

(٩) فى أ و ب و د : « يحل كله » . راجع ص ٩٧ .

(١٠) فى أ و د : « وأكل الباقى » - « ولو قطع ... الباقي » ليست فى ب .

(١١) فى ب : « قطع » . راجع فيها تقدم ص ٩٥ وما بعدها .

(١٢) كذا فى أ و ب و د . وفى الأصل : « ليكون » .

وإذا قطع عضوا غيره ، لا يؤكل الجزء المبان ، لأن الموت حصل والجزء مبان - قال عليه السلام ^(١) : « ما أبين » ^(٢) من الحلى فهو ميت . ولو قطع نصفين ^(٣) طولاً أو عرضاً : يحل ^(٤) أكله ، لأن الموت يحصل بهذا الفعل ، فيكون ^(٥) الكل مذكى ذكاة اضطرار ^(٦) . وإن كان أحد النصفين أكثر : < ف > إن كان مما يلي الرأس أقل : يؤكل كله ؛ وإن كان أكثر : أكل ^(٧) مما ^(٨) على الرأس ولا يؤكل ماسواه ، لأن الأوداج متصلة من القلب إلى الدماغ ، فتي كان النصف الذى يلي الرأس أقل ، يكون ذكاة ^(٩) بقطع الأوداج ، ومتى كان أكثر كان ذكاة ^(١٠) الاضطرار فيكون ذلك عند الموت ، فيكون الجزء الذى بان ، فات حياته قبل الذكاة ، فيكون ميتة ^(١١) .

-
- (١) فى ١ : « ولذا قطع عضوا غيره فالموت حصل والضو المبان لا يحل لقوله عليه السلام » .
 وفى ٢ : « وإذا قطع عضو غيره فالموت حصل والضو مبان لا يحل لقوله عليه السلام » .
 وفى ب : « وإذا قطع عضوا غيره فالموت حصل والضو مبان فلا يحل أكل العضو المبان لقوله عليه السلام » .
 (٢) أى فصل من أبان بمعنى فصل ، ويقال : بان الشيء : إذا انفصل (المصباح) .
 (٣) كذا فى الكسانى ، ٤ : ٤٥١ . وفى الأصل وغيره : « بنصفين » . وبإضافة الكسانى : « ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين » .
 (٤) « يحل » من أوب و .
 (٥) فى أوب و : « يصير » .
 (٦) كذا فى ب . وفى الأصل و أ : « اضطرارى » . وفى ٢ : « الاضطرارى » .
 (٧) « أكل » ليست أ و .
 (٨) ف ب : « أكل ما » .
 (٩) و (١٠) فى أ و : « ذكاة » .
 (١١) « لأن الأوداج ... فيكون ميتة » من ب . وهى فى أ و ٢ مع خلاف يسير فى بعض الألفاظ لا يخرج من المتن . وفى الأصل فى هذا الموضع علامة تقص ولكن لم يظهر فى الملامح ما يكمل هذا المقص . وانظر ما سيأتى فى الصفحة التالية ...

ولو قطع أقل الرأس: لا يحل المبان ، ويحل الباقي - لأن هذا ذكاة الاضطراب، فلا يحل المبان قبل الموت^(١).

ولو بقي أقل الرأس وقطع الاكثر: يحل كله ، لأنه صار ذكاة بقطع المروق^(٢).

ولو قطع^(٣) الرأس نصفين^(٤) : <ه> على قول أبي حنيفة ومحمد: يحل كله^(٥)، وهو قول أبي يوسف الاوّل ثم رجع وقال : لا يحل المبان ، فكان عنده أن المروق متصل بال نصف الذي يلي البدن ، وعندها : متصلة بالدماغ ، فتصير مقطوعة بقطع النصف^(٦).

-
- (١) « نبل الموت » من ب وفيها : « لأن هذه ذكاة الاضطراب ولا يحل المبان قبل الموت » . و « لأن هذه ذكاة الاضطراب ... الموت » ليست في ا و ه .
 (٢) « ولو بقي ... المروق » ليست في ا و ه . وهي في ب كالآتي : « وإن قطع الاكثر يحل أكله ، لأنه صار ذكاة بقطع المروق » .
 (٣) في ب : « ولو بقي أقل الرأس وقطع » .
 (٤) كذا في الكشاف : (٤٥٥ : ٩٠) وفي الأصول وبغيره : « بنصفين » .
 (٥) في ا و ب و ه : « أكله » .
 (٦) « بقطع النصف » ليست في ا و ه . راجع للصفحة السابقة .

كتاب الاضحية

يحتاج^(١) إلى :
بيان أن الاضحية واجبة أم لا ؟
وإلى بيان شرائط الوجوب ،
وبيان^(٢) شرائط الأداء ، وإلى بيان كيفية القضاء^(٣) ،
وإلى بيان ما يجوز في الاضحية وما لا يجوز ، وإلى بيان ما يكره^(٤) .
أما الأول - > فنقول :

قال أصحابنا : إن الاضحية واجبة على المقيمين ، من أهل الأمصار
والقرى والبادي ، من الأعراب والتركمان .
وقال الشافعي : سنة - وهو^(٥) إحدى الروايتين عن أبي يوسف .
وأجمعوا أنها لا تجب على المسافرين .

-
- (١) كذا في أ و ب . وفي الأصل : « قال : يحتاج » . وفي : « قال رحمه الله : يحتاج » .
(٢) « بيان » من ب .
(٣) كذا في أ و ب . وفي الأصل و ب : « كيفية وجوب القضاء » .
(٤) في أ : « وبيان ما يكره وما لا يكره » وفي ب : « وبيان ما يكره » وفي هـ :
« وبيان لم يكره » .
(٥) في ب : « ومع » . وفي هـ : « . أحد » .

والصحيح قولنا ، لقوله تعالى : « فصل لربك وانحر »^(١) - قال أهل التفسير : المراد منه صلاة العيد ، ونحر الاضحية ، والامر^(٢) للوجوب ، والنص ورد في حق المقيم ، لأن الخطاب للرسول عليه السلام ، وهو حكم لا يعرف بالقياس ، فلا^(٣) يتعدى إلى المسافر ، كما في الجمعة والميدين .

وأما شرائط الوجوب

ففيها^(٤) - اليسار : وهو اليسار الذي تعلق^(٥) به وجوب صدقة الفطر ، دون اليسار الذي تعلق^(٦) به وجوب الزكاة على ما ذكرنا في كتاب الزكاة^(٧) .

ومنها - المعلوم : لأنها^(٨) عبادة وقربة .

ومنها - الوقت : فإنها لا تجب قبل أيام النحر . ولهذا لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لأجله . ولو مات الولد في وسط أيام النحر لا تجب الاضحية^(٩) ، لأن الوجوب يتأكد في آخر^(١٠)

(١) الكوثر : ٢ والسورة : « إنا أعطيناك الكوثر . فصل لربك وانحر . إن شئتك هو الآثر » .

(٢) في أ و ح : « ونحر الإبل أضحية أمر والامر » وفي ب : « ونحر الإبل أضحية والامر » .

(٣) في ح : « ولا » .

(٤) ف : « من أ و ب و ح » .

(٥) و (٦) كل في الأصل : « يتعلق ... يتعلق » وفي ب : « تعلق ... تعلق » وفي أ و ح : « يتعلق ... يتعلق » فبينا الأولى في المتن « تعلق » أغذا من ب ليكون الفصل ما بينه .

(٧) راجع في الجزء الأول من ٤٦٣-٤٦٨ ونصوصاً ٤٦٧-٤٦٨ وم ١١٠ .

(٨) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « لأنها » .

(٩) في أ : « أضحية » و « لأجله .. لا تجب الاضحية » ساقطة من ب .

(١٠) آخر : « ليست في ب » .

الوقت . وكذا كل^(١) من مات من أهل وجوب الأضحية ، لما ذكرنا .
وأما البلوغ والعقل - هل بشرط ؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف :
ليس بشرط ، حتى تجب على الصغير ، إذا كان غنياً ، في ماله - حتى لو
ضحي الأب أو الوصي من ماله^(٢) : لا يضمن^(٣) .
وعند محمد وزفر : لا يجب على الصغير - حتى يضمن^(٤) الأب والوصي .
ولو كان مجنوناً موسراً^(٥) : تجب في ماله ، ويضحي عنه الولي - هذا
هو المشهور ، كما في صدقة القطر^(٦) . وفي رواية فرق بين صدقة
القطر وبين الأضحية^(٧) وقال : لا تجب الأضحية في ماله .

ولا خلاف بين أصحابنا أنه تجب الأضحية على الموسر بسبب أولاده
الصغار ، دون الكبار ، بمنزلة صدقة القطر^(٨) ، إذا لم يكن للصغار مال ،
لكن إذا ضحي من مال الصغير لا يتصدق به^(٩) ، لأن الواجب هو
الإفراقة ، فأما التصدق باللحم < ف > تطوع^(١٠) ، ومال الصغير لا يحتمل

(١) « كل » من أوب و - .

(٢) « من ماله » ليست في - .

(٣) زاد هنا في ب : « الأب » .

(٤) في - : « حتى لو ضحي يضمن » .

(٥) في ب : « مجنوناً أو موسراً » .

(٦) راجع في الجزء الأول ص ٥١٢ - ٥١٣ .

(٧) في ب : « الأضحية » - وراجع - ١ ص ٥١٢ - ٥١٣ .

(٨) راجع في الجزء الأول ص ٥١٢ و ٥١٣ وما بعدها .

(٩) « به » ليست في أ و - .

(١٠) في - : « التبرع » . وفي أ : « التبرع » .

التبرع ، فيبغى أن يطعم الصغير ، ويدخر له ، أو يستبدل لحومه^(١) بالآشياء التي ينفع بها الصغير ، مع بقاء أعيانها ، كما في جلد الأضحية .

وأما شرائط الأداء > وكيفيّة القضاء <

فمنها - وقت الغبر^(٢) : فإنه لا يصح التضحية^(٣) إلا في أيام النحر ، ولو ذهب الوقت تسقط التضحية^(٤) . إلا أن في حق المقيمين في الأقطار بشرط شرط آخر : وهو أن يكون بعد صلاة العيد ، بالحديث^(٥) ، حتى^(٦) إن في حق أهل القرى تجوز التضحية في أول الوقت .

وإن دخل الرستاق^(٧) المصر لصلاة العيد ، وأمر أهله بأن يضحوا عنه : لهم أن يضحوا عنه قبل صلاة العيد^(٨) .

والمعتبر مكان الذبيحة لا مكان المذبوح عنه ، في ظاهر الرواية . وفي رواية : مكان المذبوح عنه^(٩) ، وهو قول الحسن^(١٠) .

(١) « لحومه » من اوب و ح .

(٢) في اوب و ح : « وقت النحر » - انظر لما على ص ١١٧ والكسانى ، ٦٥ : ٥ و ٧٣ .

والمريقاتى ، الهداية ، ٥٣ : ٤ .

(٣) و (٤) في ا و ح : « الأضحية » - راجع ح ١ ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٥) في ا و ح : « الحديث » - وهو قوله عليه السلام : « من ذبح قبل الصلاة فليبد ذبته - ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نكته وأصاب سنة المسلمين » . وقال عليه السلام : « إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » (الهداية ، ٤ : ٥٣ - ٥٤) .

(٦) « حتى » ساقطة من ب .

(٧) الرستاق نسبة إلى الرستاق والرستاق مربوب ويشتمل في الناحية التي هي طرف الإقليم والجمع رستاق (المصباح) .

(٨) في اوب و ح : « له أن يضحي قبل أداء الصلاة » .

(٩) « في ظاهر الرواية ... المذبوح عنه » ليست في ب .

(١٠) في اوب و ح : « الحسن عنه » .

وكذلك إذا ترك الصلاة يوم النحر ، لعذر أو لغير عذر : يجوز أن يضحى بعد اتصاف النهار .

وفي اليوم الثاني والثالث ^(١) ، سواء صلوا ^(٢) صلاة العيد أو لم يصلوا : لهم أن يضحوا قبل صلاة العيد ^(٣) ، لأن الترتيب في اليوم الأول ثبت ، بالحديث ^(٤) ، غير معقول المعنى ، فاقصر عليه إذا صلى أو مضى وقت الصلاة ^(٥) . ثم أيام النحر ثلاثة : يوم الأضحي ^(٦) وهو العاشر من ذى الحجة ، والحادي عشر ، والثاني عشر - يجوز التضحية ^(٧) في نهار هذه الأيام ولياليها ، بعد ^(٨) طلوع الفجر من اليوم الأول إلى غروب الشمس ^(٩) من اليوم الثاني عشر ، غير أنه يكره الذبح بالليل - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : أربعة أيام وزاد ^(١٠) اليوم الثالث عشر .

والصحيح قولنا - لما روى عن عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وأنس ^(١١)

رضي الله عنهم ، وغيرهم ، أنهم قالوا : « أيام النحر ثلاثة ، أفضلها أولها » -

(١) راجع وقت صلاة العيد في الجزء الأول ، ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٢) في أ و ب و ج : « والثالث ولن صلوا » .

(٣) « أو لم يصلوا ... صلاة العيد » ليست في ب . راجع ص ٢٧٧ - ٢٧٨ .

(٤) سيأتي بعد قليل في المتن . وراجع ص ١ من ٢٧٧ - ٢٧٨ . وانظر الهداية ، ٤ : ٤ .

(٥) في أ : « أو مضى وقت أيام النحر » . وفي ب : « أو مضى وقت » . راجع الهامش السابق .

(٦) في أ و ب : « يوم الأضحية » .

(٧) « يجوز التضحية » ليست في أ و ب .

(٨) في أ و ب : « وليالي أولها » .

(٩) « الشمس » ساقطة من ج .

(١٠) « أربعة أيام » ساقطة من ج . وفي ب : « أربعة أيام فزاد » . وفي أ : « وعند الشافعي زاد » .

(١١) « وأنس » من أ و ب و ج . وهو أنس بن مالك خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم مدة إقامته بالمدينة وتوفي بالبصرة سنة ٩٣ هـ (أو نحوها) . (التتوي ، التهذيب) .

فإذا مضت ^(١) هذه الأيام ، فقد فات الذبيح في حق من لم يذبح - حتى لا ^(٢) يجوز له أن يذبح .

. . .

ثم ^(٣) إن كان أوجب شاة بينها ، أو اشتراها ليضحي بها ، فمضت أيام النحر ^(٤) ، قبل أن يذبحها ، تصدق بها حية ، ولا ينقص منها شيئاً ^(٥) من الشر واللين ، ولا يأكل من لحما ، لأنه انتقل الواجب من إراقة الدم إلى التصدق .

وإن لم يوجب ، أو لم ^(٦) يشتر ، و ^(٧) الرجل موثر ، وقد مضت ^(٨) أيام النحر ، **< فإن >** عليه أن يتصدق بقيمة الشاة ، التي تجوز في الأضحية ، لما قلنا .
وأما بيان ما يجوز في الأضحية ، وما لا يجوز **< وما بكره >** :

وذلك أنواع :

ضرباً :

أنه لا يجوز ^(٩) في الضحايا والهدايا ^(١٠) إلا التي من الإبل والبقر

(١) كذا في اوب و - وفي الأصل : « مضى » .

(٢) « لا » ساقطة من اوب و - .

(٣) هذا بيان كيفية القضاء .

(٤) أيام النحر « ليست في ب » .

(٥) كذا في اوب و - وفي الأصل : « شيء » .

(٦) في اوب و - : « ولم » .

(٧) الواو من اوب و - .

(٨) التاء من اوب و - .

(٩) « يجوز » ساقطة من و - .

(١٠) الهدى ما يهدى إلى الحرم من شاة أو بقرة أو بئر - الواحدة هدية - كعطيته ومطاي

(الغريب) - وراجع في الجزء الأول ص ٦٣٤ وما بعدها .

والنعم ، والجذع من الضأن خاصة إذا كان عظيما .
ثم التي من الإبل عند الفقهاء ابن خمس سنين^(١) ، ومن البقر ابن
سنتين^(٢) ومن النعم ابن ستة^(٣) . والجذع من الإبل ابن أربع سنين^(٤) ،
ومن البقر ابن ستة^(٥) ، ومن النعم ابن ستة أشهر - هكذا حكى القدوري^(٦) .
وذكر الزعفراني^(٧) في «الأنصاحي» وقال : الجذع ابن سبعة
أشهر أو ثمانية ، فأما ابن ستة أشهر فهو حمل^(٨) .

. . .

(١) زاد في ١ : « وطن في السادسة » . وفيها بعد الهامش ٨ .

(٢) زاد في ١ : « وطن في الثالثة » . راجع - ١ ص ٤٤٥ . وفيها بعد الهامش ٨ .

(٣) زاد في ١ : « وطن في الثانية » . راجع - ١ ص ٤٤٦ . وفيها بعد الهامش ٨ .

(٤) زاد في ١ : « وطن في الخامسة » . وانظر فيها بعد الهامش ٨ .

(٥) زاد في ١ : « وطن في الثانية » . وانظر فيها بعد الهامش ٨ .

(٦) راجع ترجمته في الهامش ٨ ص ١ من الجزء الأول .

(٧) قال في القوائد البنية (ص ٦٠) : « الحسن بن أحمد بن مالك أبو عبد الله الفقيه
الزعفراني - كان إماما حجة رب الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ترتيبا حسنا وميز خواص مسائل
محمد مما رواه عن أبي يوسف وجعله مبوبا ولم يكن قبل مبوبا ، وله كتاب «الأنصاحي» وهو غير
محمد بن أحمد بن محمد بن عبدوس بن كامل أبو الحسن الدلال المعروف بالزعفراني وغير أحمد بن
الأنصاري المعروف أيضاً بالزعفراني » . (راجع ترجمتهما في الجواهر وفي القوائد) .

(٨) « وذكر الزعفراني ... أشهر فهو حمل » من ب . و « هكذا حكى القدوري ...
الجذع ابن سبعة أشهر » ساقطة من - ١ . وفي ١ : « ابن ستة أشهر أو ثمانية » . فأما ابن
ستة أشهر فهو حمل . وفي ١ : « ومن النعم ابن ستة أشهر أو سبعة أو ثمانية فأما ابن أقل من
ستة أشهر فهو حمل . وفي الكسائي (٥ : ٧٠ : ١٥) : « وذكر الزعفراني في الأنصاحي :
الجذع ابن ثمانية أشهر أو تسعة أشهر . والتي من الشاة والمز ما تم له حول وطن في السنة
الثانية ، ومن البقر ما تم له حول وطن في السنة الثالثة ، ومن الإبل ما تم له خمس سنين
وطمن في السنة السادسة - وتعتبر هذه السنان بما قلنا نتج التقصان لا نتج الزيادة » .

ولا يجوز الجمل والجدي والعجل والفصيل^(١) في الأضحية .

ولا يجوز في الأضاحي شيء من الوحش ، لعدم ورود الشرع . وإن كان متولدا ، من الوحش^(٢) والانس^(٣) : فالمعتبر فيه جانب الأم .

والأول والبقر يجوز من سبعة نفر على ما روى جابر^(٤) أنه قال : نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة^(٥) عن سبعة والبقرة عن سبعة . ولا تجوز الشاة عن أكثر من الواحد ، وإن كانت^(٦) عظيمة قيمتها قيمة شاتين ، لأن القرابة إراقة الدم ، وذلك لا يتفاوت .

ولكن إنما يجوز بشرط أن يكون قصدهم من التضحية التقرب إلى الله تعالى ، سواء كان من نوع واحد ، كما إذا كانوا شركاء في الأضحية^(٧) أو^(٨) في الهدى ، أو من أنواع مختلفة بأن كان نوى أحدهم الأضحية والآخر الهدى والآخر دم الكفارة ونحو ذلك ، ولكن^(٩)

(١) في المترب : الجمل زوج الناقة ولا يسمى بذلك إلا إذا بزل ، وبالبازل من الإبل ما دخل في السنة الثامنة . والجدي من أولاد المزد في السنة الأولى . والعجل من أولاد البقر حين فطمه أمه إلى شهر . والفصيل الرضيع فصل (أي فطم) عن أمه .

(٢) وكذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « الوحش » . وانظر الهامش التالي .

(٣) « والانس » من ا و ب . وكذا في الكسائي (٦٩٠ : ٥ من أسفل) . وفي ح :

« والانس » . وراجع الهامش السابق .

(٤) راجع ترجمته في الهامش ٤ ص ٨٨ وحيث أطلق جابر في صحيح البخاري ومسلم فهو جابر بن عبد الله (النووي في التهذيب) .

(٥) البدنة الإبل ذكر أو أنثى (المغرب والمصباح) . وراجع ١٦ ص ٦٠٧ هامش ٣

(٦) اتاء من ا و ب و ح .

(٧) في ا و ح : « التضحية » .

(٨) في ب : « و » .

(٩) « ولكن » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « وكان » .

الأفضل أن تكون الشركة في نوع واحد . فأمّا إذا كان أحد الشركاء أراد بالذبح اللحم لا التقرب ، أو كان أحدهم ذمياً - لم يقع عن الأضحية ، لأنها مما لا يجزأ ، فإذا ^(١) لم يكن البعض قرينة بطل الكل .

وانتفع الثاني : ما لا يجوز بسبب العيب ، وما ^(٢) يكره - فنقول :
العيب القليل لا يمنع ، والكثير يمنع : فذهابة ^(٣) العين الواحدة ، وهي ^(٤) الموراء ، ومقطوعة الأذن الواحدة ، ومقطوعة الألية والذنب - كلها لا تجوز .

فأمّا إذا كان الذاهب بعض بصر العين ، أو بعض الأذن والألية والذنب - فقيه ثلاث روايات :

في ظاهر الرواية : الثلث وما دونه قليل ، وما زاد عليه فهو كثير .
وفي رواية : الثلث وما زاد فهو كثير ، وما دون الثلث قليل .
وفي رواية أبي يوسف - وهو قوله : النصف وما زاد فهو كثير ، وما دون النصف قليل ^(٥) .

ولا يجوز السكاء ^(٦) التي ^(٧) لأذن لها في الحلقة . وإن كانت

(١) في اب و ح : « فأما إذا » .

(٢) « ما » من اب و ح .

(٣) التاء من اب و ح .

(٤) « هي » ساقطة من اب و ح .

(٥) « وما زاد عليه فهو كثير وفي رواية ... وما دون النصف قليل » ساقطة من ب .

(٦) في المغرب : السكك صر الأذن . ورجل أسك وغز سكاء . وهي عند الفقهاء التي لا أذن لها إلا الصاخ .

(٧) كذا في اب و ح . وفي الأصل اب و ح : « التي » .

صغيرة^(١) : يجوز .

والهتاء التي^(٢) لا أستان لها : لا يجوز ، فإذا كان لها بعض الأستان :

<ف> إن كانت لا تمتلف ويصب في حلقها : لا يجوز . وإن كانت^(٣)

تمتلف : يجوز .

والجاء التي^(٤) لا تنقى^(٥) : لا يجوز .

وكذلك المراء التي لا تمشي إلى المنك . وإن كانت^(٦) تقدر على

المشي مع المراء : جاز .

والثولاء وهي المجنونة : جاز .

وكذا الجرباء السينة : جاز .

كذلك الحصى : جاز ، وعن أبي حنيفة : إنه أحب إلى ، لأنه

أطيب لها^(٧) .

(١) في الأصل واوب و ح : « وإن كان صغيرا » .

(٢) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « اقى » .

(٣) التاء من اوب و ح .

(٤) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « القى » .

(٥) قال الكاساني (٨ : ٧٥٥) : « والهاء التي لا تنقى وهي المزولة التي لا تنقى لها هي وهو المنع » . وقال الباقون (النهاية ٨ : ٧٤) : « والهاء التي لا تنقى هي التي ليس لها هي أي منع من شدة الجف » . وقال الزيلعي (التبيين ٥ : ٥٠٠) : « لما روى عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال : أربع لا تجوز في الأضاجي : المراء البين عورها ، والمرضة البين مرضها ، والهاء البين طلبها ، والكبيزة التي لا تنقى » . وفي المغرب : « والنقى المنع ومنه نهي أن يضحي بالهاء التي لا تنقى أي ليس لها هي لشدة جفها » . وفي المنجد : « أقت الإبل وغيرها : سميت وصار ذبا تنقى » ، فهي مُنْقِيَةٌ .

(٦) التاء من اوب و ح .

(٧) « لها » من اوب و ح . وفي الأصل هكذا : « أطيب وكذا الجمال » .

وما جازع الميب: فهو مع الكراهة. وإنما المستحب هو السليمة
عن العيوب الظاهرة.

ولو اشترى سليمة للأضحية، أو أوجب على نفسه ذبح شاة بعينها،
ثم ظهر بها عيب يمنع عن الجواز، يوم النحر، فإنه لا يجوز، لأن العبرة
لوقت الذبح، لكن إذا اعترضت آفة^(١) عند الذبح، بإصابة السكين
عينها ونحو ذلك^(٢): <ف> لا بأس به، لأنه من ضرورات الذبح-وهذا
في حق الموسر، لأنه وجب عليه أضحية كاملة بإيجاب الله تعالى^(٣).
فأما إذا كان معسرا اشتراها للأضحية، أو أوجبها بعينها، ثم اعترضت
آفة مانعة عن الجواز: يجوز له أن يضحي بها، لأنها مينة في حقه،
قفوات^(٤) بعضها كفوات كلها، حتى لا يجب عليه شيء، لكونها مينة^(٥).
حتى^(٦) لو أوجب الفقير^(٧) أضحية بشيء عينها، فاشترى صحيحة^(٨) ثم
تميت^(٩) قبل الذبح بميب مانع، فضحي، لا يسقط عنه الواجب، لما قلنا.

(١) « آفة » ليست في ب. وانظر الهامش التالي .

(٢) في ا و ح : « ... لذا اعترضت عينها آفة عند الذبح بإصابة السكين ونحو ذلك ».

(٣) في ا و ب و ح : « بإيجاب الشرع » .

(٤) في ا و ب و ح : « وفوات » .

(٥) في الأصل : « مينة » . وانظر الهامش التالي .

(٦) في ا و ب و ح : « كفوات كلها فلا شيء عليه حتى » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الفقراء » .

(٨) في ا و ح : « أو اشترى أضحية » .

(٩) التاء من ا و ب و ح . وفي ح : « تميت » .

ولو ذبح إنساناً أضحية صاحبه ، بنير أمره ، جاز ، من صاحبه ، استحسانا .
وكذلك لو غلطا ، فضحى ^(١) كل واحد منهما أضحية صاحبه ^(٢) ،
لأن الأذن ثابت من حيث العادة ، دلالة ^(٣) ، ويراوان اللحم ، فإن
جواز ^(٤) ذلك لصاحبه بالأذن ، فإن لم يرض كل واحد منهما بفعل
صاحبه ، مريحا ، يكون أضحية كل واحد ماضحى بنفسه ، وجاز عنه ،
ويضمن لصاحبه ، وصار غاصبا له بالأخذ ، ويصير مالكا سابقا على الذبح ،
فيصير مضحيا ملك نفسه ، فجاز .

وكذا من غصب شاة إنسان ، وضحى بها : يضمن قيمتها ، ويجوز عن
أضحيته ، فى الرواية المشهورة ، لما ذكرنا - بخلاف المودع : إذا ذبح
الشاة الودعية وضمن ، لا يجوز ، لأنها لم تكن مضمونة وقت الذبح -
لهذا افترقا .

ويكره له أن يحلب لبن الأضحية ، وأن يمجز صوفها قبل التضحية ،
لأنها من أجزاء الأضحية ، ولو فعل يتصدق بها ^(٥) . ولو باع شيئا منها
يتصدق بثمنها .

وأما بعد الذبح فلا بأس بذلك .

• • •

(١) فى ١ و ٢ : « ذبح » . وانظر الحامض التالى .

(٢) « بنير أمره ... أضحية صاحبه » ليست فى ب .

(٣) « دلالة » ليست فى أ .

(٤) « جواز » ليست فى أ و ب و ج .

(٥) فى ب : « به » .

ولو ولدت - قالوا يذبح ولدها معها^(١) . وقال بعضهم بأنه لا يذبح ،
ولكن يتصدق^(٢) بالولد ، لأنه ليس^(٣) بحمل للأضحية .

. . .

وللمضحى أن يأكل من أضحيته : إن شاء كلها ، وإن شاء أطعم
الكل . والاحب أن يتصدق بالثلثين^(٤) ويأكل الثلث إن كان موسرا .
وإن كان ذا عيال ، وهو وسط الحال في اليسار ، فله أن يتوسع بها على
عيله^(٥) ، ويدخر منها ماشاء ، ويتنفع بجلدها وشعرها ، وله أن يستبدلها
بشيء^(٦) ينتفع بعينه ، كالجراب والمنخل والثوب^(٧) .

ولو باع ذلك أو باع لحمها فإنه يجوز بيعه ، ولا ينقض البيع في جواب
ظاهر الرواية ، لكن يتصدق بالثلث . وعلى قول أبي يوسف : له أن ينقض
البيع ، لأنه بمنزلة الوقف عنده في قول^(٨) .

(١) البازرة في ١ : « ولو ولدت الأضحية قال بعضهم : يذبح الولد معها » .

(٢) في ٢ : « لا يذبح ويتصدق » . وفي ٣ : « ولكن لا يتصدق » .

(٣) « ليس » ساقطة من ٢ . وفيها : « لأنه » بحمل الأضحية » .

(٤) في ٢ : « بالثلث » .

(٥) في ١ و ٢ : « لبياله » .

(٦) في ٢ : « وله أن يستعمل بها شيئا » . وفي ١ : « وله أن يستعمل بها ينتفع » . وفي ٣ :

« وله أن يتبدل شيئا » .

(٧) في ١ : « والمنخل والثريل » .

(٨) « في قول » ليستثنى ب . وزاد في ٢ : « والله أعلم » . وفي ٣ : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب الغصب

مسائل^(١) الغصب يتنى على : معرفة حد الغصب ، وبيان حكمه .

أما حد الغصب الموجب للضمان — < فنقول > :

هو إزالة يد المالك ، أو صاحب اليد ، عن المال ، بفعل في المين^(٢) .
فأما إثبات اليد على مال الغير ، على وجه التعدي ، بدون إزالة اليد :
< فـ > يكون غصبا موجبا للرد ، لا موجبا للضمان — وهذا عندنا^(٣) .

وقال الشافعي : حده إثبات اليد ، على وجه التعدي .

ولهذا قلنا : إن من سكن دار غيره ، بنير إذنه ، وأخرج صاحبها
عنها لو^(٤) كان فيها ، أو زرع أرض غيره ، بنير إذنه : يكون غصبا موجبا
للرد ، ولا يكون موجبا للضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

(١) في هـ : « قال رحمه الله : مسائل » .

(٢) في ا و هـ كذا : « بمل أو عن المين » .

(٣) في مذنب الحنفية تحصيل نوره عن الكشاف (٧ : ١٤٣ : ٢) فيها على : « أما حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه : قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل الجاهرة والمغالبة بمل في المال . وقال محمد رحمه الله : الفصل في المال ليس بشرط لكونه غصبا . وقال الشافعي رحمه الله : هو إثبات اليد على مال الغير بنير إذنه والإزالة ليست بشرط » . وانظر ما على في المتن .

(٤) كذا في ا و هـ . وفي الأصل : « أو » .

وعلى قول محمد والشافعي : يجب الضمان لو خربت الدار ، أو فرق^(١) العقار - والمسألة معروفة .

ولو استخدم مملوك رجل بغير إذنه ، أو بمشه في حاجة ، أو ركب دابته ، أو حمل عليها شيئاً ، فهلك : فهو ضامن - لما قلنا .
وإن لم ينقل^(٢) شيئاً مما يحتمل النقل ، كما إذا جلس على بساط الغير : لا يضمن .

ولهذا قلنا : إن زوائد القصب ، متصلة كانت أو منفصلة ، من الولد واللبن والصوف والسمن : لا تكون منصوبة^(٣) . خلافاً للشافعي ، لعدم إزالة اليد .
ولو جاء المالك وطلب الزوائد ، فمنها : يضمن ، بالإجماع .

فأما لو باعها وسلمها إلى المشتري :

< ف > في المنفصل : المالك^(٤) بالخيار : إن شاء ضمن البائع ، وإن شاء ضمن المشتري ، قيمته ، يوم البيع والتسليم .

فأما في الزوائد المتصلة : فللمالك أن يضمن الناصب^(٥) قيمة المغموص يوم الغصب ، وليس له أن يضمنه قيمة الزوائد يوم البيع - إنما له أن^(٦) يضمن المشتري^(٧) قيمة المغموص مع الزوائد المتصلة يوم القبض بالشراء^(٨) -

(١) كذا في أ ب و ح . وفي الأصل : « غرق » .

(٢) « ينقل » ساقطة من ب .

(٣) كذا في أ ب و ح . وفي الأصل : « لا يكون منصوباً » .

(٤) ق ١ : « فمالك » . وفي ح : « والمالك » .

(٥) « قيمته يوم البيع » . . . يضمن الناصب « ليست في ب .

(٦) « فمالك » . . . أن « من أ ب و ح مع ملاحظة أن فيها « إنما له » فجعلناها « إنما له » . وانظر الخامس السابق .

(٧) في ب : « المشتري » . (٨) ق ب : « والشراء » .

وهذا قول أبي حنيفة . وعلى قولهما : له أن يضمن البائع أو^(١) المشتري .
قيمته ، يوم البيع والتسليم ، مع الزوائد^(٢) .

وكذلك الخلاف في إتلاف الزوائد المتصلة في غير الآدمي - هذا^(٣)
هو الصحيح .

وأما في القتل : فله الخيار بين أن يضمنه بالنصب يوم النصب ، وبين
أن يضمنه بالقتل - والمسألة معروفة .

ولهذا قلنا : إن المنافع لا تضمن بالنصب والإتلاف ، خلافاً للشافعي .

وصورة النصب أن يحبس عبد إنسان ، بغير إذن مالكة ، شهراً ، ولم
يتنفع به . وكذا الدواب .

وصورة الإتلاف أن ينصب عبداً أو دابةً وانتفع بها^(٤) - والمسألة معروفة .

ولهذا^(٥) - لو أجر المصوب من إنسان شهراً و^(٦) أخذ الأجرة فإن

الأجرة ملك الغاصب دون المالك ، لأن المنافع تحدث في يد الغاصب .

وأما حكم النصب

فمن حكمه - وجوب رد العين المصوبة^(٧) - مادام < ت > قائمة من

غير نقصان - لقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » .

(١) الميزة من اوب و .

(٢) راجع الكاساني ٧٠ : ١٦٠ - ١٦٣ .

(٣) « هذا » من اوب و .

(٤) في اوب و : « بهما » .

(٥) « ولهذا » من اوب و و . وفي ١ : « ولهذا قلنا » .

(٦) في الأصل و اوب و و : « أو » .

(٧) في ٢ : « عين المصوب » .

ومن حكمه أيضاً - وجوب ضمان^(١) التمتع إذا انتقص^(٢) .
ثم لا يخلو : إما أن يكون التمتع بسبب تراجع السمر^(٣) ، أو بفوات
جزء من العين^(٤) ، أو بفوات وصف^(٥) أو معنى مرغوب في العبد
زاد قيمته به .

أما التمتع بسبب السعور - < ف > غير مضمون في النصب ، لأنه
فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد ، لا معنى^(٦) يرجع إلى العين . ولهذا
لا يتبر^(٧) في الرهن ، والمبيع إذا كان في يد البائع : حتى لا يسقط الدين
بقدره^(٨) ، ولا يثبت الخيار للمشتري ، لما قلنا .

وأما التمتع الذي يرجع إلى العين أو الوصف - فلا يخلو : إما إن
كان في أموال الربا كالملكيل والموزون الذي لا^(٩) يجوز بيع البعض
بجنسه متفاضلا ، أو في غير ذلك .

(١) « ضمان » من ا و ب و ح .

(٢) في ا و ح : « نقص » .

(٣) « السمر » ليست في ب .

(٤) في ب : « من البدن » .

(٥) « من العين أو بفوات وصف » ليست في ا و ح .

(٦) في ا و ب و ح : « لا معنى » .

(٧) « يتبر » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « لا يضمن » . وفي ا و ح : « لا يتبر »

في الدم والمبيع » .

(٨) « يسقط الدين بقدره » ليست في ح . ومكانها فراغ .

(٩) « لا » من ا و ب و ح .

فإن كان في أموال الربا ^(١) - بأن غصب حنطة ^(٢) ونحوها فغصب ^(٣) فيها ماله، أو غصب دراهم أو دنانير فأنكسرت في يده وصارت قرصة ^(٤)؛ فصاحبه ^(٥) بالخيار؛ إن شاء أخذه ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ^(٦) تركه وضمته ^(٧) مثله وزنا ولا يضمن نقصان الضرب ^(٨).

- وإن كان إياه فضة فهو بالخيار أيضا؛ إن شاء أخذه ولا شيء له غير ذلك، وإن شاء ضمته ^(٩) قيمته من الذهب.

- وإن كان الإيوان من الذهب ^(١٠)؛ إن شاء أخذه مهبوما ^(١١)، وإن شاء ضمته قيمته من الفضة، لأن الصياغة متقومة، لجصولها ^(١٢) بصنع العباد ^(١٣)، ولا يمكن تضمينه بجنسه ^(١٤)، لأنه يؤدي إلى الربا،

(١) «أو في غير ذلك». فإن كان في أموال الربا «ليست في أ و ح». وفي ب «بجنسه متفاضلا أو في غير ذلك فإن غير ذلك في أموال الربا مالا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ب غصب».

(٢) «حنطة» ليست في ب. راجع المأمض السابق.

(٣) في ب «فغصب».

(٤) «قرصته يقرصه قطعه». والقرصة بالضم ماسقط بالقرص (القاموس).

(٥) في أ و ح «فصاحبه».

(٦) «شاء» ساقطة من ب.

(٧) الماء من أ و ب و ح.

(٨) في أ و ح «نقصان الصرف». وانظر المأمض التالي.

(٩) «نقصان الصرف... وإن شاء ضمته» ليست في ب.

(١٠) في أ و ب و ح «وفي إيوان الذهب».

(١١) في ح «مهبوما». راجع المأمض السابق.

(١٢) في أ و ب و ح «مهبوما».

(١٣) في أ «بمصولها».

(١٤) «العباد» ليست في أ و ح.

(١٥) في ب «من جنسه».

فيضمن^(١) بخلاف جنسه ، حتى لا يفوت حقه .

وكذلك آية الصفر والنحاس والشبه^(٢)، إن كان يباع وزناً لا ثمة يدخلها الربا . فأما إذا كان^(٣) يباع عدداً لم يكن من مال الربا^(٤) .

فأما إذا كان التالف ليس من أموال الربا - فنقصان الجزء^(٥) من المورد^(٦) والشلل ، و^(٧) نقصان الوصف كذهاب البصر والسمع ، أو ما يفوت به من^(٨) معنى من المعين كنسيان الحرفة^(٩) ونحوه^(١٠)، أو حدث به عيب ينقص قيمته كالإبقاء والجنون والكبر في العبد^(١١) والجارية: <ف> مضمون عليه^(١٢) .

أما نبات الحية في الغلام الأثر^(١٣) فليس ينقص - فيقوم العبد^(١٤)

(١) في - و ا : فيضمنه .

(٢) الصفر بالقلم النحاس وصانته الصفار . والشبه انحاس الأصفر (القاموس) .

(٣) « كان » ساقطة من ا و ح .

(٤) « الربا » ساقطة من ب .

(٥) في - كذا : « فنقصان الربا الجزء » . وفي ا كذا : « الجزء » .

(٦) في ا ب و ح - : « من المرج » .

(٧) في ح و ا : « أو » .

(٨) « من » ليست في ب . وفي ا و ح - : « أو ما يقوم به معنى من » .

(٩) في ا : « كنسيان أمراته » . وكذا في ح .

(١٠) في ا ب و ح - : « ونحوها » .

(١١) كذا في ا ب و ح - . وفي الأصل : « في العبد » .

(١٢) « عليه » ليست في ا و ح .

(١٣) مرد الغلام إذا أخطأ نبات وجهه وقيل لذا لم تنبت لحية (المصباح) .

(١٤) « العبد » ليست في ا و ح .

صحيحا لا عيب فيه ولا نقص ، ويقوم به الميب والنقص ، فيضمن قدر ذلك لصاحبه ، لأنه فات حقه .

وعلى هذا - إذا غضب عصيرا فصار خلا ، أو عتبا فصار زيبيا ، أو لبنا فصار^(١) راثبا ، أو رطبا فصار تمرا - فصاحبه بالخيار : إن شاء أخذه بمسئله ولا شيء له ، وإن شاء ضمنه مثله وسلم له ذلك كله^(٢) لأنه من أموال الربا^(٣) . - وإن كان^(٤) تبر ذهب أو فضة ، فصاغ منه إناء أو حليا أو دراهم أو دنائير : فإنه يأخذ ذلك كله في قول^(٥) أبي حنيفة ولا يعطيه لعله شيئا . وعندها : لا سبيل له على المصوغ ، وعليه مثله - فمئد أبي حنيفة : هذا الوصف لا قيمة له في مالية^(٦) المين ، لأنه لا يزيد في المين ، بخلاف الصنعة في غير أموال الربا .

- ولو غضب ثوبا فقطعه ولم يخطه فهو بالخيار^(٧) : إن شاء أخذه ناقصا مقطوعا^(٨) وضمنه ما نقص بالقطع ، وإن شاء تركه وضمنه قيمة الثوب ، يوم قصه ، لأنه فوت عليه منفعة معتبرة ، وهو ليس من أموال الربا .

(١) « أو لبنا فصار » ليست في ب .

(٢) « وسلم له ذلك كله » من أوب و - .

(٣) « الربا » ليست في - .

(٤) « كذا في أوب و - . وفي الأصل : كانت » .

(٥) في أوب و - : « عند » .

(٦) في أوب و - : « في مال » .

(٧) « فهو بالخيار » من أوب و - .

(٨) « مقطوعا » ليست في ب .

- وكذلك إذا غصب شاة ، فذبحها ، ولم يشوها : فله الخيار بين أن يأخذ الشاة وأخذ قيمة ما نقصها ، وإن شاء تركها وأخذ قيمتها منه . وروى عن أبي حنيفة أن المالك بالخيار : إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها وضمنه قيمتها يوم غصبها ، لأن الذبح ^(١) زيادة .

فأما إذا زار الفصوب سمنا ، بنفقة الفاضب ، أو كان مريضاً فداواه حتى صبح ^(٢) ، أو كان زرعاً أو أشجاراً فسقاها حتى نما وانتهى ، فإنه يأخذ ^(٣) ، ولا شيء عليه بسبب الزيادة ، لأن ذلك لم يحصل بفعله .

أما إذا كان زيادة حصلت بفعله ظاهراً - فهي أنواع : نوع منه ما يكون ^(٤) استهلاكاً للعين معنى ، ونوع هو استهلاك من وجه ^(٥) .

والجواب في الفصلين واحد : في أنه يقطع حق المالك عن العين ، ويصير ملكاً للفاضب ، ويضمن الفاضب مثله أو قيمته . ولكن يختلفان في أحكام آخر حتى إن الزيادة في الثمن والتمن لا تجوز في الفصل الأول ، لصيرورة المبيع هالكا ، وتجوز في الفصل الثاني - وهذا عندنا .

وعند الشافعي : تكون الزيادة ملكاً للمالك ، ولا يقطع حقه عن

(١) في اوب : «الرجح» .

(٢) كذا في اوب و - . وفي الاصل : «صبح» .

(٣) كذا في اوب و - . وفي الاصل و ب : «أغلقها» .

(٤) «ما يكون» من ب و - . وفي ا : «نوع منها يكون» . وفي - : «هو

أنواع : نوع منها ما يكون» .

(٥) سيأتي في الصفحة التالية (١٣٤) مثال كل واحد من نوع ثالث سيأتي (ص ١٣٥) .

العين بالضم (١).

أما نظير (٢) الاستهلاك <ه> بأن كان حنطة فطحها الغاصب (٣)،
أو يضاف ضنبه (٤)، أو دقيقا فخبزه، أو قطنا أو صوفا ففرز لها (٥)، أو غزلا
فنسجه، أو سميا فمصره، أو حنطة فزرعها.

ونظير الفصل الثاني أن قطع (٦) الثوب قيصا أو قباء فخاطه، أو كان
لحما فشواه، أو غصب ساحة (٧) فأدخلها في بنائه، أو لبنا أو آجرا فجعلها
في أساس حائطه (٨)، أو غصب فيلا (٩) فكبر، ونحو ذلك.

ثم هذه الزوائد التي صارت ملكا للغاصب (١٠): لا يباح له الانتفاع
به (١١)، وعليه أن يتصدق، لأنه حصل بسبب خيث.

(١) « بالضم » ليست في ب .

(٢) « نظير » من ا و ب و ه . وانظر مايلي في المتن .

(٣) « الغاصب » ليست في ا و ه .

(٤) « كذا في ا و ه . وفي الاصل تشبه أن تكون : « فضنبها » . وفي ب تشبه أن

تكون : « أو بيضة فضنبها » .

(٥) « كذا في ا و ب و ه . وفي الاصل : « ففرز لها » .

(٦) « كذا في ب . وفي الاصل ا و ه : « يقطع » .

(٧) « الساحة مفرد ساج وهو ضرب عظيم من الشجر لا يلبث إلا بالهند ويحلب منها . وقال
الزحطري : الساج غشب أسود رزين يحلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه . وقال بعضهم : ...
الساج يشبه الايونس وهو أقل سوادا منه (المصباح) .

(٨) « في ا و ب و ه : « حائط » .

(٩) « التليل صغار النخل (المصباح) . وفي ث : « فيلا » - والتصيل ولد الناقة لا ...

ينصل عن أمه (المصباح) .

(١٠) « كذا في ا . وفي الاصل و ب و ه : « هـ » .

(١١) « في ب : « بها » .

ولو باع أو وهب : يجوز ، لكونها ملكا له ^(١) .
وروى عن أبي يوسف وزفر ^(٢) أنه يباح له الانتفاع بها ^(٣) إلا أن
عند أبي يوسف بعد ^(٤) إرضاء صاحبه ^(٥) بأداء الضمان ، وعند زفر
كيفما كان .

وما قال قياس ، وجواب ظاهر الرواية استحسان ^(٦) .

• • •

ونوع آخر ^(٧) : ماهو زيادة في العين وليس ^(٨) باتلاف من وجه ^(٩) ،
وهو الصبغ : إذا صبغه أصفر أو أحمر أو أخضر ونحوها ^(١٠) . فأما إذا صبغه
أسود : فهو نقصان عند أبي حنيفة ، وعندهما : زيادة ^(١١) .

ثم الجواب في الصبغ الذي هو زيادة أن صاحب الثوب بالخيار ^(١٢) : إن
شاه ترك الثوب عليه وضمنه قيمته أبيض ، وإن شاه أخذه ^(١٣) مصبوغا ضمن

(١) « لا يباح له الانتفاع ... لكونها ملكا له » ساقطة من « . وفي ١ : « لكونه ملكا له » .

(٢) « وزفر » من « وب » وليست في الأصل و ١ . وانظر المأمض بعد التالي .

(٣) « بها » من ب .

(٤) « الباردة في ١ : « وروى عن أبي يوسف أنه قال : يباح له الانتفاع بعد ... » .

(٥) « في ١ و ٢ : « صاحبها » .

(٦) « في ب : « وهو جواب ظاهر الرواية استحسانا » .

(٧) « راجع ص ١٣٣ والمأمض » منها .

(٨) « وليس » من ب . وفي « : « ليس » . وفي ١ : « وذلك ليس » .

(٩) « من وجه » ليست في ١ و ٢ .

(١٠) « أو أخضر ونحوها » من ١ .

(١١) « : زيادة » ليست في ب نظريا : « عند أبي حنيفة وعندهما » ١ و ٢ .

(١٢) « في ١ و ٢ : « أن صاحبه بالخيار » .

(١٣) « في « : « أخذه » .

له ما زاد الصبغ فيه ^(١).

- ولو غصب صبغ إنسان فصبغ ^(٢) به ثوبه : فعليه ^(٣) مثله ، والثوب المصبوغ له .

- ولو وقع ثوب رجل في صبغ إنسان ، فأنصبغ ^(٤) : فصاحب الثوب بالخيار ^(٥) : إن شاء أخذه وأعطى ^(٦) ما زاد فيه ^(٧) الصبغ ^(٨) ، وإن شاء يبيع ^(٩) الثوب فيأخذ رب الثوب من الثمن قيمة ثوب ^(١٠) أيضا ، ويأخذ صاحب الصبغ قيمة صبغه في الثوب الحال ، لأن الصبغ ينقص ولا صبغ له فيه .

- فأما إذا قصر الثوب المنصوب : < ه > يأخذه صاحبه ، ولا شيء عليه ^(١١) ، لأنه ليس فيه ^(١٢) زيادة في الثوب .

(١) « فيه » من اوب و - .

(٢) في اوب و - : « ما زاد الصبغ فيه . هذا إذا كان غاصبا للثوب فأما صاحب الثوب إذا غصب الصبغ فصبغ ... » .

(٣) « به ثوبه عليه » قصة من - ومكانها يابض فيها .

(٤) « فأنصبغ » ليست في - .

(٥) « بالخيار » ليست في - .

(٦) « وأعطى » من اوب و - .

(٧) « فيه » ليست في اوب و - .

(٨) « الصبغ » ليست في اوب و - .

(٩) في اوب و - : « يباع له » . وفي ب : « يباع » .

(١٠) في ب : « ثوبه » .

(١١) في اوب و - : « له » .

(١٢) من هنا بدأ تكرار في ب - انظر فيما بعد الخامس ١ ص ١٣٨

- ولو غصب خمر مسلم، فخله: لا ينقطع حق المالك، وله أن يأخذه، لأنه ليس فيه مال قائم^(١).

- ولو استهلك الغاصب الخمر: فإنه يضمن^(٢) خلا مثله.

- ولو غصب عصير مسلم فتخمر عنده: يضمن قيمة العصير^(٣)، لأنه صار مستهلكا في حق المسلم معنى.

- ولو غصب خمر مسلم، فاستهلكه: لا ضمان عليه، لأنه لا قيمة لها^(٤).

- ولو استهلك خمر ذمي أو غصب، فهلك عنده: يضمن قيمتها.

ولو ألقها الذمي: يضمن مثلها^(٥). وهذا عندنا. وعند الشافعي: لا يضمن.

- وكذا إذا أ تلف الخنزير: فهو على هذا^(٦) الاختلاف^(٧) - والمسألة معروفة.

- ولو غصب جلا فدبته: <ف> إن كان جلا المذكى^(٨) ودبته بما لا قيمة

له، مثل الماء والتراب: فلصاحبه^(٩) أن يأخذه ولا شيء عليه^(١٠)، لأنه ليس

(١) أي الغاصب حتى يمنع تسليمه للمالك. وفي ب: «مقوم».

(٢) في ب في المكرر: «لا يضمن». راجع الخامس ١٧ ص ١٣٦.

(٣) في أ وب ود: «العصر».

(٤) في أ و د: «له». وفي ب: «لا قيمة عليه».

(٥) في أ و د: «فهلك عنده يضمن قيمته ولو أ تلف القمي يضمن مثله». وفي ب:

«أو غصب فهلك عنده يضمن قيمته ولو أ تلفه القمي يضمن مثله».

(٦) «هذا» من أ و د.

(٧) في أ و د: «الخلافة».

(٨) في أ وب ود: «إن كان ذكيا».

(٩) أ، من أ وب ود:

(١٠) في أ و د: «له».

فيه ^(١) عين مال من جهة الناصب بل هو بمنزلة الغسل .
 وإن دبه بما له قيمة ، مثل القص والقراط : فصاحبه ^(٢) بالخيار : إن شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ ، وإن شاء أخذه وأعطاه ^(٣) ما زاد الدباغ فيه ، لأن له فيه عين ^(٤) مال قائم ، فصار كالصبيغ في الثوب ^(٥) .
 وإن كان جلد ميتة ، أخذه من بيت صاحبه ^(٦) . فدبه بما ليس له قيمة : فلصاحبه أخذه بلا شيء . وإن دبه بما له قيمة : فلصاحبه ^(٧) أن يأخذه ^(٨) ، ويغرم له ما زاد الدباغ ^(٩) فيه ، لأن الجلد صار مالا ، بمال الناصب ، وهو عين قائم .
 ولو هلك عند الناصب : لا ضمان عليه ، بالإجماع ، لأن الدباغ ليس بإتلاف ^(١٠) .

فأما إذا استهلكه : فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن قيمة الجلد مدبوغا ، ويتقص عنه ما زاد الدباغ فيه . والمسألة

(١) انتهى هنا التكرار في ب - راجع الهامش ١٢ ص ١٣٦ .

(٢) في ب : « والقرط فصاحبه » .

(٣) في - : « وأعطى » .

(٤) في ا : « الدباغ لانه عين » .

(٥) في - و ا : « فصار كالصبيغ في الثوب » . راجع فيما تقدم ص ١٣٥ - ١٣٦ .

(٦) في ا و - : « من صاحبه » .

(٧) « بلا شيء ... فلصاحبه » ليست في ب .

(٨) الهاء من ا و ب . وفي - : « فلصاحبه أن يغرم له » .

(٩) في ا و - : « الدبغ » .

(١٠) ولا ضمان بالنصب لأن النصب لم يكن في مال (انظر الكاساني ، ج ٧ ص ١٦٣) .

تذكر في الخلافات^(١).

. . .

— وأما إذا أُلِّفَ الناصب المعصوب على وجه لا يبقى منتفعا به ، أو^(٢)
هلك على وجه لا ينتفع به ، بأن احترق^(٣) ونحوه ، ينظر : إن كان مثليا :
يضمن مثله ، وإن لم يكن مثليا^(٤) : يلزمه^(٥) قيمته يوم النصب ، لأنه
صار متلفا من ذلك الوقت . ومتى ضمن واختار المالك الضمان ، فإنه يملك
المعصوب من وقت^(٦) النصب بطريق الظهور ، أو بطريق الإسناد ، على^(٧)
حسب ما قيل فيه^(٨) . وهذا عندنا .

وعند الشافعي : لا يملك .

— وكذلك إذا أبق العبد^(٩) ولم يعرف قيامه بتصادقهما ، أو قامت البينة
على الموت^(١٠) : فهو على هذا^(١١) الخلاف .

-
- (١) في ب : « والمألة معروفة تعرف في المختلف » .
(٢) في ب : « و » .
(٣) كذا في ا و ب و هـ . وفي الأصل : « أحرق » .
(٤) يضمن مثله ، ولد لم يكن مثليا « ليست في هـ و ا » .
(٥) في ا و هـ : « يلزم » . وفي ب : « ضمن » .
(٦) « متلفا من ذلك الوقت . . . من وقت » ليست في ب .
(٧) في ا : « وعلى » .
(٨) « فيه » من ا و ب و هـ .
(٩) « العبد » ليست في ا و هـ .
(١٠) في هـ : « على الأبق » .
(١١) « هذا » ليست في ب .

ولو ظهر حيا ^(١) : لا يعود ملك المالك فيه ، عندنا - خلافا للشافعي .
ولقب المسألة ^(٢) : المضمونات هل تملك بأداء الضمان ^(٣) أم لا ^(٤) -
وهي مسألة ^(٥) مرفوعة .

ولو أنه هلك المقصوب المثل أو ^(٦) انقطع المثل ^(٧) عن أيدي الناس ،
واختصا في حال انقطاعه ، فإن القاضي يقول له ^(٨) : إن شئت تترص ^(٩)
حتى تأخذ مثل حقك في أوانه ، وإن شئت تأخذ ^(١٠) القيمة ، فإن اختار
أخذ القيمة كيف يحكم بذلك ؟ قال أبو حنيفة يحكم على القاصب بقيمته يوم
الخصومة . وقال أبو يوسف : يوم النصب . وقال محمد : يحكم بقيمته عند
آخر انقطاعه ^(١١) .

والصحيح قول أبي حنيفة ، لأنه حقه عن المين إنما ينقطع يوم الخصومة ،
حيث اختار القيمة ، فيجب اعتبار القيمة في هذا الوقت .

. . .

-
- (١) « حيا » ليست في ب .
(٢) في أ : « بناء على أن » بدلا من : « ولقب المسألة » .
(٣) في أ و ح : « تملك بالضمان » .
(٤) « أم لا » من أ و ب و ح .
(٥) « مسألة » من أ و ح .
(٦) « المزمة من ب » .
(٧) في أ و ح : « المثل » .
(٨) « له » من أ و ح .
(٩) في أ و ب و ح : « أن تترص » .
(١٠) في ب : « أن تأخذ » .
(١١) راجع فيما تقدم ص ٤٧ : إذا استعرض فلوسا فكسنت .

ولو غصب جارية ، فولدت عند الناصب ولدا ، وانتقصت بالولادة ،
فردّها على المالك - هل يضمن نقصان الولادة ؟
إن كان في الولد وفاء به ، أو قيمته أكثر ^(١) : فإنه يجبر النقصان به ^(٢) ،
وعليه أن يرد الجارية مع الولد ، ولا يضمن النقصان عند أصحابنا الثلاثة ،
وعند زفر : يضمن .

وإن لم يكن في الولد وفاء به ^(٣) : فإنه يجبر بقدره ، ويضمن الباقي .
ولو ماتت من ^(٤) الولادة ، وبقي ولدها : فإنه يضمن قيمتها يوم الغصب ،
ولا يجبر النقصان ، بالولد ، في ظاهر الرواية . وفي رواية أخرى : يجبر .
ولو هلك الولد قبل الرد : يجب عليه نقصان الولادة ، وجعل كأن
الولد لم يكن .

هذا إذا كان الحبل عند الناصب من الزنا . فأما إذا كان الحبل من
المولى أو من الزوج ^(٥) : فإنه لا يضمن الناصب ، وإن ماتت الجارية ^(٦) .
لأن التلف حصل بسبب من جهة المولى ، فصار ^(٧) كما لو قتلها ^(٨) المولى
في يد الناصب . والله أعلم .

(١) في ب : « أو أكثر » .

(٢) « ب » من أ وب و ح . وفي ب و ح : « ب » يجبر النقصان به » .

(٣) « ب » من أ وب . و « وفاء به » ساقطة من ح .

(٤) في أ و ح : « في » .

(٥) في أ وب و ح : « أو من زوج لها » .

(٦) « ولدت ماتت الجارية » ليست في ح .

(٧) « فصار » ليست في ب .

(٨) في ب و ح : « قتلها » .

مكتاب الديات

يحتاج^(١) إلى :

بيان القتل الموجب للقصاص ، والقتل الموجب للدية ،
وإلى بيان مقدار الدية ، وكيفيتها : في النفس وما دون النفس ،
وعلى من تجب .

أما بيان الأول - فنقول :

إن الجناية على الآدمي نوعان : في النفس ، وما دون النفس . وكل
واحد منهما على نوعين : موجب للقصاص ، وموجب للمال .

أما الجناية في النفس الموجبة < ١ > للقصاص :

< ٢ > نوع واحد ، وهو القتل العمد ، الخالي عن الشبهة - لقوله
تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتلى »^(٢) ، وقوله عليه السلام : « العمد
قَوْدٌ^(٣) » - وهذا^(٤) عندنا .

(١) في ٢ : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) البقرة : ١٧٨ : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى : الحر بالحر ،
والعبد بالعبد ، واللاتي باللاتي ، فمن عفى له من أخيه شيء ، فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان -
ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم » .

(٣) القَوْدُ القصاص يقال : استقتت الأمير من القاتل فأقادت منه أي طلبت منه أن يقتله
قتل . وأقادت فلانا بقتل فلان قتله به (المترب والمصباح) .

(٤) وهذا ساقطة من ٢ .

وقال الشافعي في قول: يجب به ^(١) أحدهما : إما القتل أو الدية ،
والخيار ^(٢) إلى الولي . وفي قول : الواجب ^(٣) هو القصاص عينا ، لكن
للولي ^(٤) حق المدول إلى المال ، من غير رضا ^(٥) القاتل ^(٦) .

ولا خلاف أنه إذا لم يقدر على استيفاء القصاص من كل وجه ، فإن له
حق المدول إلى ^(٧) المال - فإن من قطع يد إنسان ويد القاطع شلاء أو
منقوصة بإصبع ^(٨) ، أو شجع رأس إنسان ورأس الشاج أصغر أو أكبر ،
فإنه لا يجب القصاص عينا ^(٩) ، بل الولي ^(١٠) بالخيار في ذلك -
والمسألة معروفة .

. . .

وكذلك إذا تذر استيفاء القصاص لمعنى : فإنه يجب المال ^(١١) - حتى
إن القصاص إذا كان مشتركاً بين رجلين فمعا أحدهما : فإنه ينقلب نصيب
الآخر مالا .

(١) « ب » من ب .

(٢) « والخيار » ساقطة من أ و ح .

(٣) « الواجب » ليست في ح .

(٤) في ب : « للولي » . وفي ح : « المولى » .

(٥) « رضا » ساقطة من أ و ح .

(٦) في أ : « القتل » . وفي ب : « الولي » .

(٧) « القاتل ولا خلاف ... المدول إلى » ليست في ح .

(٨) في أ : « قصة إصبع » .

(٩) في ب : « هنا » .

(١٠) في ب : « المولى » .

(١١) « المال » ليست في ح . وفي أ : « يجب الدية » .

وكذلك الحاطي مع ^(١) العامد، أو ^(٢) الصغير و ^(٣) الكبير، أو ^(٤) المجنون والمائل - إذا اشتركا في القتل، وتعدر استيفاء القصاص في حق أحد الشريكين : فإنه يجب المال عليهما ، نصفين .

وأما الأب والأجنبي إذا اشتركا في قتل الابن : < ف > لا يجب القصاص على الأب بالاجماع ، ولا يجب على الشريك عندنا - ولكن يجب المال، وعند الشافعي : يجب القصاص على الأجنبي ^(٥) - والمسألة معروفة .

ولو وجد القتل الممد من الجماعة في حق الواحد : فإنهم يقتلون به ، بالاجماع ^(٦) - قال عمر رضي الله عنه : « لو اجتمع أهل صناء على قتله ^(٧) لقتلهم به » ^(٨) .

وأما الواحد إذا قتل جماعة : فإنه يقتل ، ولا يجب شيء من الدية . وعند الشافعي : يجمع بين القتل والدية ، فيكون القتل بمقابلة الواحد ، وتجب الدية في حق ^(٩) كل واحد من الباقيين - والمسألة معروفة .

(١) و (٢) في ا و ب و ح : « و » .

(٣) في ح : « أو » .

(٤) في ا و ب و ح : « و » .

(٥) « القصاص على الأجنبي » من ا و ح .

(٦) « بالاجماع » ليست في ا .

(٧) في ا و ح : « قتل الواحد » ، وفي ب : « قتل » فقط .

(٨) ترك التباس وهو لا يقتضي أن يقتل الجماعة بالواحد بما روى أن سبعة قتلوا واحداً بصنءاء فقتلهم عمر به وقال : « لو قالوا (أي تعاون) عليه أهل صنءاء فقتلهم » راجع للداية وشروحها ، ١٧٧ : ٩ .

(٩) « في حق » من ب ، وفي ح و ا : « وتجب الدية لكل من الباقيين » .

ولو قطع جماعة يد واحد: لا تقطع أيديهم بها، ولكن يجب عليهم دية اليد.
وأما الواحد إذا قطع يد جماعة: فإنه تقطع يده، ويجب عليه^(١) الدية
في الباقي^(٢).

وعند الشافعي: الأيدي تقطع يد واحدة^(٣) - والمسألة معروفة^(٤).

ولهذا قلنا: إن الحر يقتل بالعبد، خلافاً للشافعي. والعبد يقتل^(٥) بالحر^(٦)،
بالاجتماع. ويجرى القصاص بين الصغير والكبير^(٧) والذكر. والائتني،
والمسلم والذمي، في النفس، لما تلونا من النص - خلافاً للشافعي.
وأجمعوا أن المسلم لا يقتل بالمستأمن^(٨). وكذلك الذمي^(٩).
وأما المستأمن هل يقتل بالمستأمن^(١٠)؟ فيه روايتان.

ولو قتل إنسان رجلاً عمداً، فحق استيفاء الفدية إلى الولي^(١١) الكبير

(١) « عليه » من أوب و ح .

(٢) في أ و ح : « في الباقي » .

(٣) يد واحدة « ليست في أ و ح .

(٤) والمسألة معروفة « من ب .

(٥) « يقتل » من أ و ب و ح .

(٦) « بالحر » ليست في ح .

(٧) من هنا أي من أول « والذكر » حتى تنبه إلى النهاية ورد في ح في غير موضعه .
انظر فيما بعد المامش ٦ ص ١٥٢ . وراجع فيما تقدم المامش ٣ ص ٨٥ .

(٨) في أ و ح : « المستأمن » . انظر فيما بعد ص ١٤٧ .

(٩) « وكذلك اذمي » من أ و ب و ح .

(١٠) « هل يقتل بالمستأمن » ليست في أ و ح . وانظر فيما بعد ص ١٤٧ .

(١١) في ب : « الولد » .

إن كان واحداً، ولو كانوا أكثر: فلشكل (١).

فأما إذا كان الشكل صفاراً: <فقد> اختلف المشايخ فيه (٢): بمضم
قالوا: الاستيفاء إلى السلطان، و (٣) بمضم قالوا: ينتظر إلى (٤) بلوغهم أو
بلوغ أحدهم.

أما إذا كان البعض كباراً والبعض صفاراً: <فقد> قال أبو حنيفة:
الكبير ولاية الاستيفاء - وعلى قولهم: يؤخر إلى وقت بلوغ الصفار -
والمسألة مروقة (٥).

وأما القبط إذا قتل عمداً: فولاية استيفاء القصاص إلى السلطان (٦)
عند أبي حنيفة ومحمد (٧). وعند أبي يوسف: لا يستوفى، ولكن تجب
الدية - وهي مسألة كتاب (٨) القبط (٩).

وأما القتل الموجب للمال:

فأقناع: عمد محض فيه (١٠) شبهة، وشبه الممد، وقتل الخطأ، والقتل

بطريق التسليب.

(١) «ولو كانوا أكثر فشكل» من ب. وني الأصل واو - «أو كانوا أكثر» اهـ.

(٢) «فيه» من ب.

(٣) «فيه» بمضم... السلطان و «ليست في او».

(٤) «إلى» من او ب و -

(٥) «والمسألة مروقة» من «وب».

(٦) «في» - وا: «لإمام».

(٧) «ومحمد» ليست في «وا».

(٨) «كتاب» من او ب و -

(٩) «سيأتي في أواخر هذا الجزء» كتاب القبط والقطعة وجمل الآتي «.

(١٠) «في» - وا: «ليس فيه». وقد تقدم الكلام على حكم القتل الممد الذي ليس فيه شبهة

وهو القصاص (راجع فيما تقدم ص ٢٤٢ وما بعدها).

أما الأول :

فما ذكرنا من قتل المستأمن ونحوه^(١).

وعلى هذا^(٢) قال أبو حنيفة : من له القصاص فى الطرف إذا استوفى الطرف، وسرى إلى النفس، ومات - لا يجب القصاص، لأجل الشبهة، وتجب الدية. وعلى قولهم : لا يجب شئ.

وأجمعوا أن الإمام إذا قطع يد السارق، أو البزاع^(٣)، أو الختان، والقصاص، والمأمور بقطع اليد : إذا سرى فعلهم^(٤)، لا يجب عليهم شئ. -
وهى تعرف فى الخلافات^(٥).

ولهذا قال أبو حنيفة : من له القصاص فى النفس إذا استوفى فى^(٦) الطرف، ثم عفا^(٧) عن النفس، وبرأ^(٨)، لا يقطع طرفه^(٩)، ولكن يجب أرش اليد عند أبي حنيفة^(١٠)، وعندهم : لا يجب شئ.

ولو سرى إلى النفس : لا يجب شئ.

وعلى هذا قال أبو حنيفة : من شج رأس إنسان، فمضى عنها^(١١)، ثم

(١) راجع فيما تقدم ص ١٤٥ .

(٢) فى ب : « ولهذا » .

(٣) البزاع الحاجم وهو من يضرط ويسيل الدم (المصباح) .

(٤) فى ا و ب و ج : « من فعلهم » .

(٥) فى ب : « فى الختلاف » .

(٦) فى د : « من ا و ج » .

(٧) فى ا و ج : « عفى » .

(٨) « برأ » من ا و ب و ج - وفى الأصل : « وسرى » .

(٩) أى طرف المتص .

(١٠) « عند أبي حنيفة » من ا و ب و ج - .

(١١) فى ب : « عنه » .

سرى إلى النفس^(١) : تجب الدية دون القود . وقالوا : لا يجب شيء .
ومن قال لغيره : « اقتلى »^(٢) - فقتله عمداً أو خطأ ، تجب الدية دون
القود ، في ظاهر الرواية . وروى عن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء .
ولو قال : « اقتل عبيدي » - فقتله ، لا يجب شيء . لأنه أمره فيما هو^(٣) حقه .
ولو قال له^(٤) : « اقتل ولدي » ولا وارث له سوى الأب ، فقتله :
يقتل القاتل ، لأنه لا حق له في دم ولده ، بخلاف نفسه . وروى الحسن
عن أبي حنيفة أنه قال^(٥) : تجب الدية ، استحساناً .
ولو عفا المبروح عن الجراحة^(٦) ، ثم مات منه - صح عفوهُ ، استحساناً .
وكذلك الوارث : إذا عفا قبل موت المبروح ، يصح العفو ،
استحساناً ، لأن له حقاً .
ولو قال الرجل^(٧) : « اقتل أخى » ، وهو وارثه ، فقتل ، لا يجب
القود ، استحساناً ، وتجب الدية . وعند زفر : يقتل - ولهذا نظائر .
وأما الثاني^(٨) :

< فهو > القتل^(٩) بالآلة لم توضع له ، ولم يحصل به الموت

(١) « إلى النفس » ليست في أ و ح .

(٢) « اقتلى » ساقطة من ح .

(٣) « هو » ليست في ب .

(٤) « له » من ب .

(٥) « قال » من ب .

(٦) في ب : « الجراح » .

(٧) في أ و ح : « لرجل » .

(٨) أي القتل شبه السد (راجع ص ١٤٦) .

(٩) في أ : « إذا قتل » .

غالباً^(١)، مثل السوط^(٢) الصغير^(٣)، والعصا الصغير <ة> : فإنه يوجب المال، دون القصاص - بالاجماع.

فأما القتل بالعصا الكبير <ة>، وبكل آلة يحصل بها الموت^(٤) غالباً، لكنها لا تجرح : فمند أبي حنيفة : هو^(٥) شبه الممد، لا يوجب القود. وعندهما : يوجب^(٦) القود - وهو قول الشافعي.

وعلى هذا : إذا ضرب بالسوط الصغير، ووالى في الضربات^(٧)، حتى مات : لا يجب القود عند أبي حنيفة، وعندهم^(٨) : يجب - والمسألة معروقة. وأما القتل اظلماً :

فهو أن يرمى سهماً إلى صيد فأصاب آدمياً، أو أراد أن يظعن قاتل أبيه^(٩) فتقدمه رجل، فوقع فيه، ونحو ذلك.

وهو موجب للمال، دون القصاص، بالاجماع - لقوله تعالى : « ومن

(١) لعل الأصح : « ولا يحصل بها الموت غالباً » - انظر ما سئل في المتن . وعمل الشافعي على التزييل (١٠٠ : ٦) من القودى أن « شبه الممد عند أبي حنيفة أن يتمد القرب بما ليس بسلاح ولا يجرى مجرى السلاح في تحريق الأجزاء . وقال أبو يوسف ومحمد : أن يتمد القرب بآلة لا يقتل بمنها في الثالب - وهو قول الشافعي » - راجع الكاساني ، ٢٣٣ : ٧ . والهداية وشروحها ، ١٤٤ : ٩ ، والتزييل ، ١٠٠ : ٦ .

(٢) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « سوط » .

(٣) « الصغير » ليست في أ . قضيا : « مثل السوط والعصا » .

(٤) في أ و ب و ح : « القتل » .

(٥) « هو » ليست في أ و ح .

(٦) في أ : « لا يوجب » - أي أنه ممد يوجب القود .

(٧) في أ : « في الضرب » .

(٨) في ح و ا : « وعندهما » .

(٩) في ح : « أبه » .

قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ،^(١) .

وأما القتل بطريق التسبيب^(٢) :

فنعو^(٣) من حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيه إنسان ، ومات^(٤) - فإنه يجب عليه الدية ، دون القصاص ، بالإجماع ، لأنه مسبب^(٥) للقتل ، وليس بمباشر ، لأن الحفر ليس بقتل .

وعلى هذا - شهود القصاص إذا رجعوا : لا يجب عليهم^(٦) القصاص ، ولكن تجب عليهم^(٧) الدية ، عندنا^(٨) ، خلافا للشافعي ، لأنه لم يوجد منهم القتل مباشرة ، وإنما وجد منهم سبب القتل^(٩) .

(١) سورة النساء : ٩٢ ونصها : « وما كان المؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليا حكيما » . وتليها الآية ٩٣ ونصها : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولته وأعد له عذابا عظيما » .

(٢) في ب : « التسبيب » .

(٣) الفاء من ب .

(٤) في ا و ب و ج : « فأت » .

(٥) في ب : « السبب » .

(٦) « عليهم » ليست في ب .

(٧) « عليهم » من ج و ا .

(٨) « عندنا » ليست في ج و ا .

(٩) في ج و ا : « وإنما وجد منهم سبب الشهادة » .

وأما بيان حكم^(١) مادون النفس - فنقول :
كل ما يمكن^(٢) فيه القصاص^(٣) ، وهو الفعل^(٤) الممد^(٥) الخالي عن
الشبهة ، فإنه يوجب القصاص . وكل ما لا يمكن فيه القصاص ، وهو الفعل
الخطأ ، وما فيه شبهة : ففى بعض^(٦) الأعضاء تجب دية كاملة ، وفى بعض
الأعضاء يجب أرش مقدر^(٧) ، وفى البعض تجب حكومة المدل^(٨) - فنقول^(٩) :
لا خلاف بين أصحابنا أنه لا يجزى القصاص فيما دون النفس بين
المبيد ، ولا بين الأحرار والعبيد ، ولا بين الذكر والأنثى - لأن
القصاص فيها مبنى^(١٠) على التساوى فى المنافع والأروش ، ولا
مساواة بين هؤلاء فى منافع الأطراف والأروش ، ولهذا لا تقطع
اليدين الصحيحة بالشلاء ولا بتمقوصة^(١١) الأصابع . وكذا لا تقطع اليمنى
إلا باليمنى^(١٢) ، ولا اليسرى إلا باليسرى .

(١) « حكم » ليست فى هـ و ا .

(٢) فى ا و ب : « فيما يمكن » . وفى هـ : « مما يمكن » .

(٣) فى ا و هـ : « لإيجاب القصاص » . وراجع لما تقدم من ١٤٢ و ١٤٩ .

(٤) فى ا و هـ : « القصاص والقتل » . وفى ب : « القصاص والقتل » .

(٥) فى ا و ب و هـ : « بطريق الممد » .

(٦) فى ا و ب و هـ : « أو التل خطأ أو فيه شبهة فى بعض » .

(٧) فى هـ : « مقرر » .

(٨) فى ب : « عدل » . وانظر فى كينيتها من ١٧٠ .

(٩) كذا فى ب . وفى الأصل و ا و هـ : « أما الأول - فنقول » . وقد أثبتنا فى المتن

ما فى ب لأنه لم يزل فيما بعد : أما الثانى ... إلخ .

(١٠) « فيها مبنى » من ا و ب و هـ . وفى الأصل : « القصاص ميناها » .

(١١) فى ب : « تمقوصة » . وفى ا و هـ : « المتقوصة » .

(١٢) فى ا و ب و هـ : « اليمينين إلا باليمين » .

وكذلك في أصابع اليدين والرجلين : يؤخذ إبهام^(١) اليمنى بإبهام
اليمنى^(٢) ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، ولا يقطع
الأصابع^(٣) إلا بمثلها من القاطع .

وكذا لا تؤخذ العين اليمنى اليسرى^(٤) ، ولا العين اليسرى اليمنى^(٥) .

وكذلك في الأسنان^(٦) : الثانية بالثنية ، والثاب بالناب ، والضرس
بالضرس ، ولا يؤخذ الأفعلى بالأفعلى ، ولا^(٧) الأسفل بالأسفل ، لما
ذكرنا من التفاوت في المنافع : وإنما يجري القصاص فيما يمكن فيه^(٨)
التساوى ، لافياً لا يمكن .

ولهذا - لو^(٩) قطع الكف من المفصل أو من المرفق أو من الكتف :
يجب القصاص . ولو قطع من الساعد أو من العضد^(١٠) : لا يجب ، لأنه

(١) في « : إبهام » .

(٢) في « : إبهام اليمنى بإبهام اليمين » .

(٣) « الأصابع » ليست في « أ » .

(٤) في « : العين اليسرى » .

(٥) في « : العين اليمنى » .

(٦) هنا نهاية البارة التي وردت في غير موضعها في « - راجع فيما تقدم الملامح » .

ص ١٤٥ - واللامح ص ٣٨٥ .

(٧) « لا » من « أ » و « ب » .

(٨) « فيه » من « أ » و « ب » .

(٩) في « : ولهذا إن من » .

(١٠) في « : وب » : الضو » .

لا يعرف التساوى . وكذلك كل ^(١) ما كان في ^(٢) غير المفاصل ^(٣) .
وكذلك في الأستان : إذا قلع أو كسر : يجب القصاص : فيقلع سن
القالع ، ويكسر ، بقدره ، بالبرد .
وأما العين إن قورت : ^(٤) < ف > لا يمكن القصاص فيها : فإن كانت
العين قائمة وذوهاب ضوؤها : فالقصاص ممكن ، بأن يجعل على وجهه القطن
المبلول ويحمي مرآة وتقرّب من عينه ^(٥) حتى يذهب ضوؤها .
وروى عن أبي يوسف أنه لا يجب القصاص في الأحوال ^(٦) ، لأن
الحول نقص في العين ، والمائلة شرط .
وفي الأذن إذا قطعت كلها ^(٧) ، أو بعضها مرفوا ^(٨) - يقتص .
وأجمع أصحابنا < على > القصاص ^(٩) في الحشفة والماران ^(١٠) .
واختلف أبو يوسف ومحمد في الألف والذكر والاسنان إذا استومب

(١) « كل » ليست في « اوب و » .

(٢) في « اوب و » : « من » .

(٣) في « : » الفصل » .

(٤) نور التي . تنورا قطع من وسطه خرقا مستديرا كما يقود البطيخ (المغرب) .

(٥) في « و ب » : « عينه » .

(٦) في « ب » في الأحوال » .

(٧) كذلك في « و ا » وفي الأصل « ب » : « قطع كله » .

(٨) كذا في « ب » وفي « : » أو بعضها مرفوف » . وفي « ا » : « أو بعضها » قطع . وفي

الأصل : « أو بضاً أو مفزونا » . وفي الكسائي (٧ : ٨٠ - ٣ : ١٤) : « وأما الأذن فإن

استوعبها فبها القصاص لقوله تبارك وتعالى : « والأذن بالأذن » ولأن استيفاء التل فيه ممكن .

فإن قطع بعضها فإن كان له حد يعرف فبها القصاص وإلا فلا » .

(٩) في الأصل « و ا و » : « في القصاص » . وفي « ب » : « بالقصاص » .

(١٠) الماران مادون تصبة الألف وهو مالان منه (الصباح) - وانظر فيها بعد ص ١٥٩ .

كل واحد منهما : < ف > عند أبي يوسف : يجب القصاص ، وعند محمد : لا يجب . وإنما يريد بقطع الأثف كل المارن^(١) ، فأما قصبة الأثف < ف > عظم وأجمعوا أنه لا يجب القصاص في العظم^(٢) ، لعدم الإمكان . وفي حلق اللحية ، والرأس ، والحاجب^(٣) ، والشارب إذا لم ينبت : لا يجب القصاص ، وروى في النوادر أنه يجب القصاص .

وأما في الشجاج^(٤) : < ف > لا خلاف أنه يجب القصاص في الموضحة^(٥) ، بأن ينتهي السكين إلى العظم . ولا خلاف أنه^(٦) لا يجب القصاص فيما بعد الموضحة ، من الهاشمة^(٧) وغيرها .

وأما فيما قبل الموضحة : < فقد > ذكر في « الأصل » أنه يجب القصاص ، لأنه يمكن تقدير^(٨) غور الجراحة بمسار ثم يعمل^(٩) حديدة على قدرها^(١٠) ، فنعمد^(١١) في اللحم إلى آخرها ، فيستوفي ، مثل ما فعل .

(١) في ح : « الأثف كالنار » . وفي ب : « الأثف كل المارن » - راجع المامتن السابق .

(٢) في أ : « عظم وإنه لا يجب به القصاص في العظم » . وفي ح : « عظم فإنه لا يجب في العظم » .

(٣) في ح و أ : « والحاجين » .

(٤) في ح و أ : « الشجاج » . وانظر فيما يبدى ١٦٤ وما بعدها .

(٥) الموضحة هي التي توضح العظم . وستأتى في « الشجاج » - انظر فيما يلي من ١٦٥ والكشاف ١٣ : ٢٩٦ : ٧ وما بعده .

(٦) « يجب القصاص في الموضحة ... ولا خلاف أنه » ليست في ح .

(٧) الهاشمة هي التي تهشم العظم وستأتى في « الشجاج » - انظر فيما يلي من ١٦٥ .

(٨) « تقدير » من أ و ب و ح .

(٩) في أ و ح : « بأن يعمل » .

(١٠) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « قدره » .

(١١) في أ و ب و ح : « فننقل » .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجب به القصاص^(١).

وأما بيان وجوب الدية ، ومقدارها ، وكيفيتها

فنقول :

الجاناة الموجبة للدية إما إن كانت^(٢) فى النفس ، أو فيما دونها .

أما إذا كانت^(٣) فى النفس :

فمما بين الأحرار تجب دية كاملة ، يستوى فيها^(٤) الصغير والكبير ،

والوضيع والشرىف ، والمسلم والذمى .

وقال الشافعى : فى دية اليهود والنصارى^(٥) أربعة آلاف درهم

فضة^(٦) ، وفى المجوس^(٧) ثمانمائة درهم^(٨) .

ثم مقدار الدية فى الأحرار^(٩) ألف دينار ، أو عشرة آلاف

درهم فضة^(١٠) ، أو مائة من الإبل - كل واحد أصل : وهو الظاهر

فى^(١١) قول أبى حنيفة .

(١) « به القصاص » من « وا » .

(٢) « و (٣) كذا فى « وا » . وفى الأصل « وب : « كان » .

(٤) « كذا فى « وا » . وفى الأصل « وب : « فيه » .

(٥) « فى اوب و » : « اليهودى والعمرانى » .

(٦) « درهم فضة » من « او » .

(٧) « فى اوب و » : « المجوسى » .

(٨) « درهم » من « ا » .

(٩) « فى ا » : « فى الرجل الحر » .

(١٠) « فضة » من « اوب و » .

(١١) « فى ا و » : « وهذا ظاهر فى » . وفى ب : « وهذا ظاهر قول » .

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك ، وقال^(١) من البقر مائتا بقرة ،
ومن النعم ألفا شاة ، ومن الحنظل مائتا حلة : كل حلة ثوبان :
إزار ورداء^(٢) .

وروى عن أبي حنيفة في كتاب الماقل ما يدل على مثل^(٣) قولها ،
فإنه قال : إذا صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة : لم
يبيز^(٤) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، ولو لم تكن هذه
الاشياء أصولا لجاز^(٥) الصلح على أكثر منها ، كما لو صالح على عروض
آخر ترداد قيمتها على الدية - وهذا عندنا .

وقال الشافعي : من^(٦) الأبل والدنانير مثل قولنا^(٧) ، وفي الدراهم
قال : اثني عشر ألفا .

وأصله ماروى عبدة السلماني^(٨) عن عمر أنه قضى في الدية من

(١) في ١ : « ولكن » .

(٢) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ه : « لإزارا ورداء » .

(٣) « مثل » ليست في ه و ا .

(٤) كذا في ا و ب و ه . وفي الأصل : « لم يبيز » .

(٥) في ه : « لما جاز » . وفي ا : « جاز » .

(٦) في ا و ب و ه : « في » .

(٧) في ب : « قولها » .

(٨) هو أبو مسلم ويقال أبو عمرو عبدة بن قيس وقيل عبدة بن عمرو وقيل عبدة بن
قيس بن عمرو ويقال له الشافعي نسبة إلى بني شافع بن من مراد . أعلم قبل وفاة النبي صلى
الله عليه وسلم بستين ولم يره . وسمي عمر بن الخطاب وعليها ابن مسعود وابن الزبير . وهو
مشهور بصحة على . وروى عنه الشعبي والنخعي وابن سيرين وغيرهم . نزل الكوفة وورد
المدينة وحضر مع علي قتال الخوارج . وكان أحد أصحاب ابن مسعود الذين يقرؤون ويختون .
وكان دابع أربعة بالكوفة أما الثلاثة الآخرون فهم الحارث وعقمة وشريح . وتوفي سنة ٧٢ وقيل
سنة ٧٣ وقيل سنة ٧٤ هـ (النوى ، التهذيب) .

الدرهم^(١) بمشرة آلاف ، ومن الدنانير بألف ، ومن الإبل بمائة ،
ومن البقر بمائتين ، ومن الشياه^(٢) بألفين ، ومن الحلل بمائتين .

وأما كيفية الاستئان في الإبل :

> فـ قال أصحابنا في دية الخطأ : إنها^(٣) خمسة أنواع : عشرون
بنت مخاض ، وعشرون ابن مخاض^(٤) ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون
حقه ، وعشرون جذعة^(٥) - وهو قول ابن مسعود^(٦) .

وقال الشافعي : عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض .

وأما دية شبه العمد - > قال أبو حنيفة وأبو يوسف أرباعاً وخمس
وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون^(٧) ، وخمس وعشرون
حقه ، وخمس وعشرون جذعة - وهو قول ابن مسعود .

وقال محمد : في شبه العمد : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون

(١) من الدراهم ليست في ١ .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل والواو : « الشاه » والشيء جمع شاه (المصباح) .

(٣) «لها» من ا و ب . وفي الأصل : «لها» . وفي ح : «قال أصحابنا دية الخطأ خمسة» .

(٤) في ح : «ابن لبون» .

(٥) تقدم في كتاب الزكاة (١٥ ص ٤٤) أن بنت المخاض هي التي أنت عليها سنة وولدت في الثانية ، وبنت لبون هي التي أنت عليها سنتان وولدت في الثالثة . والحقة هي التي تمت لها ثلاث سنين وولدت في الرابعة . والجذعة هي التي أنت عليها أربع سنين وولدت في الخامسة - وراجع فيما تقدم ص ١١٩ .

(٦) انظر ترجمته في المامق ١١ ص ١٧٠ .

(٧) « وخمس وعشرون بنت لبون » ليست في ح .

مابين ثنية^(١) إلى بازل^(٢) عامها ، كلها^(٣) خلقة^(٤) - وهو قول عمر وأبي موسى الأشعري^(٥) والمغيرة^(٦) رضى الله عنهم .

وذكر في «الأصل» : و^(٧) عن علي رضى الله عنه أنه قال في شبه العمد أثلاث : ثلاثة وثلاثون حقة ، وثلاثة وثلاثون جذعة ، وأربعة وثلاثون^(٨) خلقة في بطونها أولادها^(٩) .

وأما حكم الجنابة فيما دون النفس خطأ - > فنقول < ^(١٠) :

قد^(١١) تجب دية كاملة بتفويت^(١٢) العضو ، وقد تجب الدية بتفويت

(١) الثانية من الإبل التي أخت أي أقت ثنتيها وهي ما استكملت السنة الخامسة ودخلت في السادسة (المغرب) . وراجع فيما تقدم ص ١١٩ والمأمض ص ١٥٧ .

(٢) البازل من الإبل ما دخل في السنة التاسعة والذكر والأثني سواء (المغرب) . وراجع فيما تقدم المأمض ص ١٢٠ .

(٣) «كها» ليست في ب .

(٤) الخلقة الحامل من التوق وجها غاض وقد يقال خلقات (المغرب) .

(٥) وراجع ترجمته في المأمض ص ٢٧٩ من الجزء الأول .

(٦) المغيرة بن شعبه من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . أسلم عام الحندق . روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٣٦ حديثاً . وكان موصوفاً بالهاء والخلم . شهد المدينة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وله في صلحها كلام . وولاه عمر البصرة ثم الكوفة وأقره عليها عثمان ثم عزله . وشهد الهامة وفتح الشام والقادسية وفتح نهاوند ومهملان . واعتزل الفتنة بعد قتل عثمان وشهد الحكمين ثم استمعه معاوية على الكوفة فلم يزل عليها حتى تولى سنة ٥٠ هـ أو ٥١ هـ (النووي : التهذيب) .

(٧) الواو من ا و ب و ح .

(٨) في ح : «وأربعون» .

(٩) «ها» من ا و ب و ح .

(١٠) تكلم في هذا على ١٥ - نوات عضو أو أكثر . ٢ - الشجاج (ص ١٦٤ - ١٦٧) .

٣ - الجروح (ص ١٦٧) .

(١١) قد «ليست في ا و ب . وفي ح : «قد» .

(١٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : «تفويت» .

معنى في (١) النفس تفوت به النفس (٢) حكما في حق (٣) جنس المنفعة ،
وقد يجب أرش مقدر ، وقد تجب حكومة العدل (٤) .

فأما العضو الذى يجب كمال الدية بتفويته :

< ف > هو (٥) العضو الذى لانظير له فى البدن يفوت به جمال كامل
أو (٦) منفعة بها قوام النفس ، وذلك نحو (٧) اللسان كله ، والأنف كله ،
والذكر كله .

وتجب أيضا بقطع الحشفة ، والمارن (٨) ، وبعض اللسان إذا كان يمتعه
من الكلام ، وكذا الإفضاء بين السيلين بحيث لا يستمسك البول
و (٩) الفائط .

وكذا حلق شعر (١٠) رأس الرجل والمرأة ، وحلق لحية الرجل بحيث
لا ينبت - وهذا عندنا . وعند الشافعى : تجب حكومة العدل .

وأما حلق لحية العبد: ذكر (١١) فى الأصل : تجب (١٢) فيه حكومة

(١) فى ا و ب و ح : « من » .

(٢) « النفس » ليست فى ا و ح .

(٣) « حق » ليست فى ا و ح .

(٤) انظر فى كتيبه حكومة العدل ص ١٧٠ ولها يجب فيه حكومة العدل ص ١٦٧ وما بعدها .

(٥) فى الأصل : « وهو » .

(٦) فى ا و ب و ح : « و » .

(٧) « نحو » ليست فى ا .

(٨) راجع فيها تقدم الخامس ١٠ ص ١٥٣ .

(٩) فى ا و ب و ح : « أو » .

(١٠) « شعر » ليست فى ا و ح .

(١١) « ذكر » ليست فى ا و ح .

(١٢) « تجب » من ا و ح .

العدل ، وفى رواية الحسن : تجب قيمة العبد .

و^(١) قال أبو جعفر الهندوانى ^(٢) : إنما تجب الدية بمخلق اللحية إذا كانت كاملة يتجمل ^(٣) بها . فإن كانت طاقات لا يتجمل ^(٤) بها : فلا شئ فيها ^(٥) . وكذلك فى لحية تشين ولا تزين ^(٦) ، بأن كانت على ذقنه شعرات ^(٧) . وإن كانت لحية ^(٨) يقع بها الجمال فى الجملة ، ولا ^(٩) يقع بها الشين : تجب فيها حكومة العدل .

وأما قوات المعنى :

فهو ^(١٠) ذهاب العقل ، والبصر ، والسمع ، والشم ، والذوق ، والكلام ، والجماع ، مع قيام الآلة ^(١١) التى تقوم بها هذه المنافع صورة - فتجب بكل ^(١٢) واحد منها الدية . وإنما يعرف قوات البصر بأن يلتقى بين يديه

(١) الروا من ا و ب و هـ .

(٢) راجع ترجمته فى الخامس ص ١٩ من المقدمة فى الجزء الاول .

(٣) فى ب : « يتجمل » . وفى هـ : « يتجمل » .

(٤) فى هـ : « لا يتجمل » .

(٥) فى هـ : « بها » .

(٦) فى الأصل : « ولا يزين » . والبارزة فى ا و ب : « وكذلك فى لحية المرأة لاشها

تشين بها ولا تزين » . إلا أن فى ب : « لاشها تشين ولا تزين » .

(٧) « بأن كانت على ذقنه شعرات » ليست فى ا و ب و هـ .

(٨) فى ب : « لحيته » .

(٩) فى ب : « فلا » .

(١٠) فى ب : « فهو فى » .

(١١) فى ا و ب و هـ : « الآلات » .

(١٢) فى ب : « لكل » .

حية ، فإن هرب يعلم أن بصره باق . وفى السمع يتفعل ثم ينادى ، فإن أجاب يعلم أنه لم يفت سمعه ^(١) .

وأما العضو الذى فى البدن منه اثنان - كالعينين ، والأذنين ، والشفنتين ، والحاجين إذا حلقا ^(٢) على وجه لا يبتنان ^(٣) ، واليدين ، والرجلين ، ونديي ^(٤) المرأة وحلتيهما ^(٥) - ففيها الدية ^(٦) ، وفى واحد من ذلك نصف الدية .

وفى الأثنين ^(٧) : إن قطعها مع الذكر جملة ، من جانب واحد ، فى حالة واحدة ^(٨) ، فإنه يجب عليه ديتان : دية بإزاء الذكر ، ودية بإزاء الاثنين .

وإن قطع الذكر أولا ، ثم الاثنين : يجب ديتان أيضا ، لأن بعد قطع الذكر ^(٩) منفعة الاثنين ^(١٠) قائمة ، وهى إمساك ^(١١) المنى .

(١) « فإنما يعرف ... سمعه » ليست فى « ا و ب » .

(٢) « إذا حلقا » من « ا و ح » . وفى ب : « إذا حلقتها » .

(٣) « كذا فى « ا و ح » . وفى الأصل « ب » : « لا يبتن » .

(٤) « كذا فى « ا » . وفى الأصل « ب » و « ح » : « وندي » .

(٥) « كذا فى ب » . وفى « ا و ح » : « وحلتيهما » . وفى الأصل هكذا : « وحليها » .

(٦) « الدية » ليست فى « ح » . وفى « ا » : « دية كاملة » .

(٧) « فى « ب » : « الاثنين » .

(٨) « واحدة » ليست فى « ا و ح » .

(٩) « الذكر » ليست فى « ح » .

(١٠) « الاثنين » ليست فى « ح و ا » .

(١١) « فى ب » : « وهو إمساكه » .

. وأما إذا قطع الاثنين أولاً ، ثم الذكر : تجب الدية بقطع الاثنين ، لزوال^(١) منفعة مخصوصة ، وتجب بقطع الذكر حكومة المدل ، لأن منفعة الايلاد بطلت بفوات^(٢) الاثنين^(٣) .

وفى أشفار الميتين كلها الدية . وفى كل^(٤) واحد منها^(٥) ربع الدية إذا لم يثبت .

وكذا فى قطع الأضفان مع الأشفار : تجب دية كاملة وتصير الأضفان تابعة للأشفار .

فأما إذا قطع الأضفان التى لأشفار لها : تجب حكومة المدل وصار كقطع الأصابع وحدها : يوجب^(٦) دية كاملة ، لأن الكف^(٧) تبع ، ولو قطع الكف بدون الأصابع تجب حكومة المدل^(٨) . ولو قطع الكف مع الأصابع^(٩) تجب دية واحدة ، لأن الكف تبع - كذا هذا^(١٠) .

(١) كذا فى اوب و . وفى الأصل : « يزول » .

(٢) فى اوب و . « يقطع » .

(٣) فى اوب و : « الذكر » - راجع الخامس السابق .

(٤) « كل » ليست فى اوب و .

(٥) كذا فى اوب و . وفى الأصل و ب : « منها » .

(٦) فى ا : « وذلك يوجب » .

(٧) فى ب : « لأن الكف مع الأصابع » .

(٨) « ولو قطع الكف بدون الأصابع تجب حكومة المدل » ليست فى ب و ا . وانظر فى كيفية حكومة المدل ص ١٧٠ .

(٩) فى ب و ا : « الأصابع مع الكف » .

(١٠) « كذا هذا » من اوب و .

وفى أصابع اليدين ، أو الرجلين ، كلها الدية الكاملة .

وفى كل إصبع عشر الدية - لأفضل للكبيرة على الصغيرة^(١) .

ثم ما كان من الأصابع فيه ثلاثة مفصل ففى كل مفصل ثلث دية الإصبع ، وما كان فيه مفصلان ففى كل واحد منهما نصف دية الإصبع .
وأصابع اليد والرجل فى الأرض سواء^(٢) .

وفى الأسنان - فى كل سن إذا سقطت^(٣) خمسمائة^(٤) درهم -
استوى^(٥) فيه الأضراس والثايات وغيرها .

فإذا أسودت السن من الضربة أو احمرت أو اصفرت : فقيه الأرض
أما عند أبي حنيفة .

وقد روى أبو يوسف^(٦) عنه أنه قال : فيها حكومة العدل^(٧) .

(١) كذا فى - و ا - وفى ب : « لكبيرة على صغيرة » . وفى الأصل : « لكبير على الصغير » . وله وإن جاز تذكر الإصبع إلا أن الثابت هو الغالب أو هو الأجود (المصباح)
(٢) « وأصابع اليد ... سواء » ليست فى ا و - . وبدلاً منها فى ا : « وقطع الإصبع فى الشل والصحيح سواء فى الأرض » وفى ب : « فى الشل واليدين سواء فى الأرض » . وفى ب : « وقطع الإصبع فى الشل واليدين فى الأرض سواء » . وما فى المتن هو الصحيح (راجع الكاساني ٧ : ٢٩٧ - ٢٩٩ و ٣٠٣ : ١٠٠ وما بعده وابن الميمون ٨ : ٣١٠) .
وفى الكاساني (٧ : ٣١٤ : ٩ من أسفل) : « وسواء قطع الأصابع أو شل من الجراحة أو يس قيه عقله فاما لأن المصود منه يموت » .

(٣) « سقطت » ليست فى ا - وفى ب : « قطع » .

(٤) فى ا و - : « خمسون ديناراً » . وفى ب تشبه أن تكون : « خسمائة » .

(٥) فى ا و - : « يستوى » .

(٦) « أبو يوسف » من ا و ب و - . وفى الأصل مطبوعة .

(٧) انظر فى كيفية حكومة العدل ص ١٧٠ .

وروى محمد عنه ^(١) أنه قال : إن كان حرا فلا شيء عليه ، وإن كان عبدا فقيه حكومة المدل .

وقالا ^(٢) : فيها حكومة المدل ^(٣) .

ثم هذا الحكم في الأستان بعد أن يستأنى ^(٤) بها سنة : فإن نبتت بيضاء ^(٥) مستقيمة : فلا شيء عليه . و ^(٦) إن نبتت سوداء أو حمراء أو صفراء ^(٧) أو خضراء : جملة < كائن لم تكن ، لأنه لم يحصل بها الجمال والمنفعة .

. . .

وأما السجاج ^(٨) - فقد ذكر المشايخ أن السجاج إحدى عشرة شجة ^(٩) : أولها الحادشة ^(١٠) - وهي التي تتحدث ^(١١) الجلد .

(١) « عنه » ليست في .

(٢) في أ و هـ : « وقال أبو يوسف » .

(٣) الفهر الكسائي ، ٧ : ٣١٥ : ١٧ وما بعده . وفيها بعد من ١٧٠ .

(٤) كذا في ب و هـ . وفي الأصل وا غير واضحة .

(٥) « بيضاء » ليست في ب .

(٦) « و » ليست في هـ و ا .

(٧) « أو صفراء » من أ و هـ في .

(٨) راجع المامق ١٠ من ١٥٨ . ويلاحظ أن السجاج تختص بالوجه والرأس أما الجراح فلي سائر البدن (أي غير الوجه والرأس) - انظر فيها بعد من ١٦٦ و ١٦٧ .

(٩) راجع الكسائي ، ٧ : ٢٩٦ : ١٣ وما بعده . وراجع فيما تقدم من ١٥٤ .

(١٠) في أ و ب و هـ : « الحادشة » . وكذا في الكسائي (٧ : ٢٩٦ : ١٣) . وفي الهداية (٤ : ١٣٤) « الحادسة » بالحاء لا بالحاء . وهي التي تمرض الجلد أي تتحدثه ولا تخرج الدم .

(١١) في أ و ب و هـ : « تتشق » .

وبعدها الدامة - وهي التي يخرج منها ^(١) ما ^(٢) يشبه الدم .

وبعدها الدامية - وهي التي يخرج منها الدم .

وبعدها الباضعة - وهي التي تبضع اللحم ^(٣) .

وبعدها المتلاحة - وهي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة ^(٤) - هكذا روى عن أبي يوسف .

و ^(٥) قال محمد : المتلاحة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم فيها الدم ويسود .

وبعدها السمنحاق - وهي التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم : تلك الجلدة تسمى السمنحاق .

ثم الموضحة - وهي التي توضح العظم ^(٦) .

ثم الهاشمة - وهي التي تهشم العظم .

ثم المنقطة - وهي التي يخرج منها العظم على وجه النقل ^(٧) .

ثم الآمة - وهي التي تصل إلى أم ^(٨) الدماغ، وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ .

(١) منها « من ا و ب و » .

(٢) في ا : « ما » . وفي الكاساني (١٥ : ٢٩٦ : ٧) : « والدامة هي التي يظهر منها الدم ولا يسيل ، كالجمع في العين » .

(٣) أي تقطعه (الكاساني : الموضع السابق ، ص ١٦) .

(٤) كذلك ب . وفي الاصل و : « مما يذهب بالباضعة » . وفي ا : « ما يذهب في الباضعة » .

(٥) الواو من ا و ب و » .

(٦) في ا و ج : « وأضاف : « وتبدي وضع العظم للسامه » .

(٧) « على وجه النقل » ليست في ا و ب و . وفي الكاساني (٧ : ٢٩٦) : « والمنتقلة هي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله من موضع إلى موضع » .

(٨) : « أم » من ا و ب و » .

ثم الدامغة - وهي التي تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ .
فهذه إحدى عشرة شعبة . ولم يذكر محمد الحادشة^(١) ، ولا الدامغة ، لأنه
لا يتصل بهما الحكم غالبا ، لأن الحادشة^(٢) لا يبقى لها أثر ، ولا حكم
للشعبة التي لا يبقى لها أثر^(٣) ، والدامغة لا يعيش معها الإنسان^(٤) فيكون
حكمه حكم القتل .

ثم في الشجاج التي قبل^(٥) الموضحة تجب حكومة العدل .
وفي الموضحة تجب خمس من الأول .
وفي الهاشمة عشر من الأول .
وفي المنقطة خمسة عشر^(٦) من الأول .
وفي الآمة ثلث الدية .

ثم مواضع الشجاج عندنا هو الرأس^(٧) ، والوجه في مواضع المظلم
مثل : الجبهة ، والوجنتين ، والصدغين ، والدقن ، دون الحدين . ولا تكون
الآمة إلا في الرأس ، وفي الوجه في الموضع الذي يخلص منه إلى الدماغ^(٨) .

(١) في ب و هـ : « الحارسة » . وفي ا : « الحارسة » . راجع المامس ١٠ ص ١٦٤ .
(٢) في ا و ب : « الحارسة » . وفي هـ : « الحارسة » .
(٣) انظر نيايد ص ١٦٩ .
(٤) زاد في ا و ب و هـ : « ويصير قسا » وفي الكسائي (٧ : ٢٩٦) : « والدامغة
لا يعيش الإنسان معها عادة بل تصير قسا ظاهرا وغالبا فتخرج من أن تكون شعبة ... » .
(٥) في ب : « تلي » .
(٦) كذا في ا و هـ . والمداية (٤ : ١٣٥) . وفي الأصل و ب : « خمس عشر » .
(٧) في ا و هـ : « ثم في مواضع عندنا وهي الوجه والرأس ... » وفي الكسائي (٧ :
٢٩٦ : ٨ من أسفل) مثل ما في المتن .
(٨) « وفي الوجه ... إلى الدماغ » من ا و هـ . وفي ب : « وفي الوجه في المواضع التي يخلص
منها » < إلى الدماغ » . وهذه العبارة في الكسائي (٧ : ٢٩٦ : ٧ من أسفل) .

والصغيرة والكبيرة في ذلك سواء، لقوله عليه السلام: «في الموضحة خمس من الأول» من غير فصل .

ثم ^(١) الجراح ^(٢) في سائر البرك - ليس في شيء منها أرض معلوم ، سوى الجائفة ، وهي الجراحة النافذة إلى الجوف ، و > الموضع التي تنفذ الجراحة منها إلى الجوف < ^(٣) هي : الصدر ، والظهر ، والبطن ، والجنبان ^(٤) ، دون الرقبة ^(٥) ، والحلق ، واليدين ، والرجلين - وفيها ثلث الدية . فإذا نفذت إلى الجانب الآخر ، فهي ^(٦) جائفتان ، وفي كل واحدة ^(٧) منها ^(٨) ثلث الدية ، فإنه روى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت ^(٩) إلى الجانب الآخر بثلثي الدية ، وذلك بحضرة الصحابة ^(١٠) ، من غير خلاف .

(١) في اوب و ه : «وأما» .

(٢) في ا : «الجروح» .

(٣) من الكسائي ٧ : ٢٩٦ : ٢٤ . وفي ا و ه : «وفي» بدلا من : «هي» .

(٤) «والجنبان» من اوب و ه مع تصحيحها من حيث التحوّل فيها : «والجنبين» مما يصح مع ما في ا و ه لذا قال «وفي» الجنبين «كما يتنا في المامش السابق» وهي في الكسائي (٧ : ٢٩٦ : ٢٤ - ٢٥) وأضاف إليها : «وما بين اليمين واليسار» .

(٥) كذا في اوب و ه والكسائي . ٧ : ٢٩٦ : ٢٥ . وفي الاصل : «دون الوجه» .

(٦) في ب : «فيها» .

(٧) التاء من ب .

(٨) في ب : «منها» .

(٩) في ه : «في الجائفة التي قتلت» .

(١٠) «أيه حكم» - الصحابة «ليست في ب» .

وأما ما يجب حكومه العدل فيه^(١) - فقد ذكرنا بعضه .
ومن ذلك: كسر الضلع ، وكسر قصبه الأنف ، وكسر^(٢) كل عظم
من^(٣) البدن ، سوى السن : فيه حكومة العدل .
وكذا في ثدى الرجل ، وفي حلقه^(٤) نديه حكومة عدل دون ذلك^(٥) ،
وفي أحدهما نصف ذلك .

وفي لسان الأخرس ، وذكر الحمى ، والعين^(٦) ، والعين القائمة^(٧)
الذاهب نورها^(٨) ، والسن السوداء^(٩) ، واليد الشلاء ، والذكر المقطوع
الحشفة ، والكف المقطوع الأصابع^(١٠) ، وكسر الظفر وقلمه بحيث
لا ينبت أو نبت مع العيب .

وأما الصبي الطفل : ففي لسانه حكومة عدل^(١١) ، ما لم يتكلم . وفي
يده ورجله^(١٢) وذكره إذا كان يتحرك ، مثل الكبير . وفي المارن^(١٣)

(١) سيأتي بيان حكومة العدل فيما بعد (ص ١٧٠) .

(٢) « كسر » ليست في ب . قريبا : « الأنف وكل » .

(٣) في ا و ب و هـ : « في » .

(٤) في هـ : « حلقه » .

(٥) « دون ذلك » من ا و ب و هـ .

(٦) « والعين » ليست في ب .

(٧) كذا في ا و ب و هـ والكاساني : ٧ : ٢٢٣ : ١٥ . وفي الأصل : « القائمة » .

(٨) في ب : « ضوها » .

(٩) في الكاساني (٧ : ٢٢٣ : ١٥ - ١٦) : « والسن السوداء القائمة » .

(١٠) في هـ كذا : « المقطوع الأصل » .

(١١) « عدل » ليست في ا .

(١٢) في ب : « ورجليه » .

(١٣) في ا و هـ : « وفي مارن أخيه » . راجع المامش ١٠ ص ١٥٣ .

والأذن : المقصود هو الجمل ، فحكمه حكم الكبير . وفى العين^(١) ،
إذا وجد ما يستدل به^(٢) على البصر ، كالكبير .

وفى حلق^(٣) رأس إنسان^(٤) إذا نبت أبيض : على قول أبى حنيفة :
لا يجب شيء إذا كان حراً ، لأن الشيب ليس بميب ، وإن كان عبداً^(٥)
يجب ما نقصه . وقال أبو يوسف : يجب^(٦) حكومة المدل فيها^(٧) .

وفى ندى المرأة المقطوعة^(٨) الحلة ، والأثف المقطوع الأثرية ،
والجن الذى لا أشفار له^(٩) - حكومة المدل .

ثم الشجة إذا التحمت ، ونبت الشعر - لا يجب فيها^(١٠) شيء على الشاج
عند أبى حنيفة . لأن الشين الذى لحقه بسية قد^(١١) زال . وقال أبو يوسف :
يجب عليه^(١٢) حكومة عدل^(١٣) فى الألم . وقال محمد^(١٤) : يلزمه

(١) فى ب : « وفى العين » . وفى ا و ح : « فى عينه » .

(٢) « فى » . « ليس فى ا و ح » .

(٣) « حلق » . « ليس فى ا و ح » .

(٤) فى ا و ب : « الشاب » . وفى ح : « الشباب » .

(٥) « عبداً » . « ليس فى ح » . وفى ا : « وقيفاً » .

(٦) « يجب » . « ليس فى ب » .

(٧) « فيها » . « ليس فى ب » . و « المدل فيها » . « ليس فى ا » . والبارة هنا أظهر منها فى

الكسانى (٣٢٤ : ١٨ : ٢٢) .

(٨) فى ا : « المقطوع » . والندى يذكر ويؤتى (المصباح) .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لها » .

(١٠) « فيها » . « ليس فى ا و ح » .

(١١) « قد » . « من ا » . وفى ح : « وقد » .

(١٢) « عليه » . « ليس فى ا و ح » .

(١٣) « عدل » . « من ا و ح » . وفى ب : « العدل » .

(١٤) « محمد » . « ليس فى ح » .

أجرة الطيب^(١)

واختلف المتأخرون^(٢) من أصحابنا في كيفية الحكومة : فقال الطحاوى^(٣) : يقوم الجني عليه ، لو كان عبدا ، صحيحا ، ويقوم وبه الشجة - فما نقص بين^(٤) القيمتين كان أرشا^(٥) في شجة الحر^(٦) . وكان أبو الحسن^(٧) الكرخي^(٨) يقول : يقرب من^(٩) الشجة > التي <^(١٠) لها أرش مقدر ، بالحزر والظن : يحكم بذلك أهل العلم بالجراحات .

وأما حكم النساء - فنقول :

إن دية المرأة على النصف من دية الرجل بإجماع^(١١) الصحابة ، مثل عمر وعلى وابن مسعود^(١٢) وزيد بن ثابت^(١٣) رضي الله عنهم وغيرهم :

(١) راجع فيما تقدم ص ١٦٦ .

(٢) في أ و ح : « المتأخرون » .

(٣) راجع ترجمته في الخامس ٤ ص ٩ من الجزء الأول .

(٤) في ب : « من » .

(٥) في أ و ب و ح : « أرشها » .

(٦) راجع مختصر الطحاوى ، ص ٢٣٨ .

(٧) و (٨) « أبو الحسن » من أ و ب و ح . راجع ترجمته في الخامس ٣ ص ٩ من الجزء الأول .

(٩) « يقرب من » من أ و ب و ح .

(١٠) وكذا في الكشاف ٧ : ٣٢٤ : ٧ من أسفل .

(١١) في ب : « لإجماع » .

(١٢) و (١٣) عبد الله بن مسعود - من كبار الصحابة وساداتهم وقضاةهم ومفتيهم في القرآن والفقه والفكر وأصحاب الحق . كان من المتفهمين في الإسلام إذ كان سادس سنة . هاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة . وشهد بدرا وأحدا والخندق وغيرها . والبرموك . روى له عن رسول الله =

فإنهم^(١) قالوا : دية المرأة على النصف من دية الرجل ، إلا أن ابن مسعود قال : إلا^(٢) في^(٣) الموضحة والسن : فإنها كالرجل .
وأما فيما دون النفس من المرأة : فإنه يعتبر بديتها : فينصف كديتها ، لأن المرأة في ميراثها وشهادتها بمنزلة النصف من الرجل . فكذا في الدية .
وقال ابن مسعود : تعاقل^(٤) المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عشر الدية ، يعني ما كان أقل من ذلك فالرجل والمرأة في ذلك سواء ، واستدل بالقرعة^(٥) .

== الله صلى الله عليه وسلم ٨٤٨ حديثاً . وفي صحيح مسلم عنه أنه قال : « والذي لا إله غيره ما من كتاب الله سورة إلا أنا أعلم حيث نزلت وما من آية إلا أنا أعلم فيها نزلت ولو أعلم أحداً هو أعلم بكتاب الله مني ببلغه إلا لربيت إليه » . نزل بالكوفة في آخر أمره . وتوفي بها سنة ٥٣٣ هـ . وهو ابن بضع وستين سنة (التوفى ، التهذيب) .
وزيد بن ثابت - صحابي . وهو كاتب الوحي والمصحف ومراسلات النبي صلى الله عليه وسلم للأناس . وكان يكتب لأبي بكر وعمر في خلافتها . وكان أحد الثلاثة الذين جهوا المصحف ، استنصره النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر فردّه . وقيل شهد أحداً . وشهد الخندق وما بعدها من المشاهد . وكان من الراشدين في العلم وأعلم الصحابة بالفرائض الحديث : « أفرضكم زيد » . وتوفي بالمدينة سنة ٥٥٤ هـ . (أو نحوها) (التوفى ، التهذيب) .

(١) إلقاء من أ - هـ .

(٢) « إلا » ليست في أ - هـ .

(٣) « في » من أ - هـ .

(٤) أي تساويه في القتل وهو الدية فتأخذ كما يأخذ الرجل (المغرب) .

(٥) « واستدل بالقرعة » من أ ب و - هـ . وفي الكشاف (٧ : ٣٢٢ : ٢ وما بعده) : « وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : تعاقل المرأة الرجل فيما كان أرشه نصف عمر الدية كالسن والموضحة أي ما كان أرشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة ... واحتج ابن مسعود رضي الله عنه بمحدث القرعة : أنه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالقرعة ، وهي نصف عمر الدية . ولم يحصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والأنثى . فيدل على استواء أرض الذكر والأنثى في هذا القدر » . والقرعة هي يدل جنين الحرة ، ومقدارها خمسة درهم أي نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة ، وسأني الكلام عليها بعد (١٨١ وما بعدها) .

وقال سعيد بن المسيّب^(١) : تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها : يعنى ما كان أقل^(٢) من ثلث الدية ، فالرجل والمرأة فيه سواء^(٣) .

وروى أن ربيعة الرأى^(٤) سأل سعيد بن المسيّب عن رجل قطع إصبع امرأة ، فقال : فيها عشر من الإوبل ، قال : فإن قطع ثلاثاً قال : فيها^(٥) ثلاثون من الإوبل ، قال : فإن قطع أربعة ، قال : فيها عشرون من الإوبل^(٦) ، فقال ربيعة : لما^(٧) عظم ألمها و^(٨) زادت مصيبتها ، قل أرشها - فقال له : أعراقي^(٩) أنت ؟ قال : لا^(١٠) ! بل جاهل متعلم ، أو عالم

(١) سعيد بن المسيّب (بالفتح والكسر) - إمام التابعين وأحد فقهاء المدينة السبعة . متفق على إمامته وجلالته . وكان زوج بنت أبي هريرة . وروى عن عمر وسبع منهن وعن عثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وغيرهم . وروى عنه جماعات من أعلام التابعين . ولد لستين موطناً من خلافة عمر وقيل لأربع . وتوفي سنة ٩٣ أو ٩٤ هـ . (التتويى ، التهذيب) .

(٢) « أقل » ليست فى ١ .

(٣) فى الكسانى (٧ : ٣٢٢ : ٤) : « وهو من مذهب أهل المدينة وبروون أنه عليه الصلاة والسلام قال : تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها - وهذا نص لا يتحمل التأويل » .

(٤) فى ٢ : « وروى عن ابن ربيعة الرازى » . وفى ١ : « وروى عن ربيعة الرازى » . و« ربيعة الرأى » هو أبو عثمان ويقال أبو عبد الرحمن بن ربيعة ، وقد قيل له « ربيعة الرأى » لأنه كان يعرف بالرأى والقياس . وهو تابعى سمع أنس بن مالك والنائب بن يزيد الصحابين وابن المسيّب ومكحول وغيرهما . وهو شيخ مالك ، وقد روى عنه هو والتتويى والليث والأوزاعى وغيرهم . وتوفي بالمدينة سنة ١٣٦ هـ . (التتويى ، التهذيب) .

(٥) فى ٢ : « فقال : فإن قطع ثلاثة فقها » . والإصبع يذكر ويؤتى (المصباح) .

(٦) « من الإبل » من ب . و « قال : فإن قطع ثلاثاً ... عشرون من الإبل » ساقطة

من ١ و ٢ .

(٧) فى ٢ كذا : « أنا » .

(٨) « و » من ١ و ٢ و ٣ .

(٩) كذا فى الكسانى (٧ : ٣٢٢ : ١٢) . وكذا فى ١ و ٢ و ٣ . وفى الأصل :

« أعراقي » .

(١٠) « لا » ساقطة من ٢ .

متبين^(١) ، فقال : هكذا البنة يا ابن أخ^(٢) ! - أراد بذلك سنة زيد بن ثابت^(٣) .

وما قال ربيعة فهو حجتنا في المسألة : أن ما قالوا يؤدي إلى أن^(٤) يقل^(٥) الأرض عند كثرة الجناية - وهذا لا يصح ، لأن^(٦) مادون النفس معتبر بدية النفس ، بدلالة ما زاد على ثلث الدية .

وأما في العبد :

إذا قتله حر خطأ : < ف > إن كان قليل القيمة : فإنه يجب قيمته بالإجماع . فأما إذا كان كبير^(٧) القيمة ، بأن زادت قيمته على دية الحر : قال أبو حنيفة ومحمد : يجب عشرة آلاف إلا عشرة . وقال أبو يوسف والشافعي : يجب^(٨) قيمته^(٩) بالغة ما بلغت ، إلا أن^(١٠) عند

(١) كذا في ب والكاستاني ، ٧ : ٣٢٢ ، ١٣ . وفي الأصل : « أو عالم متبين » . وفي أو ح : « جاهل متلم متيب » .

(٢) في أو ح : « يا ابن أخى » .

(٣) راجع ترجمته في الملخص ١٢ - ١٣ ص ١٧١ - ١٧١ .

(٤) « أن » من أو ب و ح .

(٥) كذا في ب ، وفي أو ح والأصل : « قتل » .

(٦) كذا في ح و ا . وفي الأصل : « ولائ » . وفي ب : « لا يصح وهذا لأن » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و ح : « كثير » . وفي ا : « أكثر » .

(٨) « يجب » ساقطة من أو ح .

(٩) « قيمته » ليست في أو ب و ح .

(١٠) « أن » ليست في أو ح .

الشافعي تجب بمقابلة^(١) المالية ، وعند^(٢) أبي يوسف تجب بمقابلة الدم^(٣) ،
ولهذا قال^(٤) : مقدار الدية يجب على العاقلة ، ويجب مؤجلاً في ثلاث
سنين ، ويدخل فيه الاوبل ، كما قالوا - والمسألة معروفة .

وأما إذا قتل عبد ، خطأ : فإنه يجب الدفع أو^(٥) القداء^(٦) .

وأما إذا جنى العبد على حر ، أو على عبد غير المولى : < ف > إن كان
عمداً^(٧) يجب^(٨) القصاص . وإن كان خطأ ، في نفس ، أو فيما دونها ، قتل
أرشها أو كثر ، فذلك^(٩) في رقبة العبد الجاني و^(١٠) ليس في ذمة المولى
منه شيء ، ويكون المولى بالخيار : إن شاء دفع العبد^(١١) بالجناية ، وإن

(١) في ب : « مقابلة » .

(٢) في ب : « وعن » .

(٣) في ب : « بمقابل الدية » . وفي أ : « بمقابلة الدمية » . وفي ح : « بمقابلة الآدمية » .

راجع الكاساني ، ٧ : ٢٥٧ ، ١٤ :

(٤) في ب : « ولهذا فإن مقدار » . وفي أ و ح : « ولهذا قالوا بمقدار » .

(٥) في ح : « أو » .

(٦) في الأصل و أ و ب و ح : « القداء » في هذا الموضع وفيما سبى . فأضفنا

المهزنة . وفي الترتيب : فداء من الأشر فداء وفدى استغفقه منه بمال والقدية اسم ذلك المال .
والقداة بين اثنين بمال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته . وعن المبرد القداة أن يدفع رجلاً ويأخذ
رجلاً والقداء أن يشتريه ويقل ما معنى والمراد بقوله في الفيات : « وإن أحبوا فادوا » إطلاق
القتال أو وليه وقبول الدية لأنها عوض الدم كما أن القدية عوض الأسيير .

(٧) في ح : « عبداً » .

(٨) في أ و ب و ح : « يجب عليه » .

(٩) كذا في أ و ح . وفي الأصل : « وذلك » . وهي ليست في ب .

(١٠) الواو من أ و ح .

(١١) « العبد » ليست في أ و ح .

شاء فدى^(١) عنه ، بجميع الأرض ، لإجماع^(٢) العمابة على ذلك .

فإن مات العبد^(٣) قبل أن يختار القداء ، فلا شيء^(٤) على المولى ، لأن الحق متعلق بالعين ، فيزول بزواله . وإن كان بعد اختيار القداء^(٥) ، لم يبطل^(٦) ، لأنه انتقل الحق إلى ذمة المولى بالتزامه .

وإن جنى العبد على جماعة : فالمولى بالخيار : بين أن يدفع العبد إليهم وكان^(٧) مقسوما بينهم^(٨) ، على قدر ما لكل^(٩) واحد منهم من^(١٠) أرض الجناية ، وبين أن يسلك العبد^(١١) ، ويفدى بأرض^(١٢) الجنايات كلها ، لما ذكرنا .

ولو^(١٣) تصرف المولى في العبد الجاني ، بعد العلم بالجناية^(١٤) ، تصرفا

(١) في أ : « فدى » . وفي ب كذا : « أفسى منه » .

(٢) في أ و ح : « إجماع » .

(٣) زاد في أ و ح : « بالجناية » .

(٤) القاء من أ .

(٥) « فلا شيء على المولى . . . اختيار القداء » ليست في ح .

(٦) في أ و ب و ح : « لم يبطل القداء » .

(٧) في ح : « وكان الثمن مقسوما » .

(٨) « بينهم » ليست في أ و ح .

(٩) في أ و ح : « قدر كل » .

(١٠) في أ و ح : « في » .

(١١) « العبد » ليست في أ و ح .

(١٢) في أ و ب و ح : « ويغرم أرض » بدلا من : « ويفدى بأرض » .

(١٣) كذا في ب : « وفي الأصل وأو ح : « فلو » .

(١٤) في أ و ب و ح : « بالخيار » .

يخرجه^(١) عن ملكه ، نحو^(٢) اليسع والمهبة والاعتاق ، أو^(٣) أقر به^(٤) لرجل ، أو كانت أمة فاستولدها - فإنه^(٥) يصير مختاراً للقضاء : بالدية إن^(٦) كانت^(٧) الجناية في النفس ، وبالأرض^(٨) إن كانت الجناية فيما دون النفس ، لأن الخير بين الشيئين إذا فعل ما يدل على اختيار أحدهما ، أو منع^(٩) من اختيار أحدهما - تعين الآخر للاختيار ، ومع^(١٠) هذه التصرفات تعذر الدفع .

وإن كان لا يعلم بالجناية^(١١) يلزمه قيمة عبده ، إذا كانت أقل من الأرض ، لأنه لا يصير مختاراً بلا علم ، ولكن امتنع التسليم إلى الولي بفعله^(١٢) ، مع تعلق حق الولي به^(١٣) ، فيصير متلفاً عليه هذا القدر ، فيلزمه ذلك

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل يشبه : « يخرج » .

(٢) في ح : « بحق » .

(٣) في ح : « و » .

(٤) « به » ليست في ب .

(٥) « فإنه » ليست في ا و ح .

(٦) في ب : « وإن » .

(٧) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كان » .

(٨) في ب : « والأرض » .

(٩) كذا في ح و ا . وفي الأصل و ب : « يمنع » .

(١٠) في ا : « أحدهما بين ومع » . وفي ح : « أحدهما بين الاختيار ومع » .

(١١) « بالجناية » من ا و ح .

(١٢) في ا و ح : « على الجناية بفعله » . وفي ب : « إلى الولي وبفعله » .

(١٣) « به » ليست في ب .

القدر^(١) ، ولا حق لولى الجناية فيما زاد عليه .

وأما جنابة المدبر وأسم الولد^(٢) :

ففى^(٣) مال المولى ، حالة ، دون عاقلته . يعتبر الأقل من أرض الجناية ومن قيمته^(٤) ، لأن الأصل فى جنابة المبد هو دفع الرقبة^(٥) ، إلا أنه بالتدبير والاستيلاء صار مانعا من التسليم ، من غير اختيار . فكأنه دبره ، وهو لا يعلم بالجنابة ، فيلزمه الأقل من ذلك ، لما ذكرنا .

ولا يلزم المولى بمجانبتها أكثر^(٦) من قيمة واحدة ، وإن كثرت الأروش : يستوى فيه من تقدم أو تأخر فى الجنابة ، لأن المنع منع واحد ، والضمان يتعلق به ، فجعل كأن الجنائيات اجتمعت ، ثم دبره^(٧) وهو لا يعلم بها . ويعتبر قيمة المدبر لسكل واحد منهم يوم^(٨) جنى عليه ،

(١) « القدر » من ١ و ٥ .

(٢) راجع فى الجزء الثانى : باب أم الولد (ص ٤٠٦ وما بعدها) ، وباب المدبر

(ص ٤١١ وما بعدها) .

(٣) الفاء من ١ و ٥ . وفى الأصل وب : « فى » .

(٤) « يعتبر الأقل ... قيمته » من ١ و ب و ٥ . وفى الأصل : « بقدر قيمته » وفى

الكشاف (٢٦٦ : ٨ من أسفل وما بعده) : « فأصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى ٥٠٠ .

وأما مقدار الواجب فقدر الواجب بهذه الجنابة الأقل من قيمته ومن الدية .

(٥) فى ٥ : « هو الدفع لرقبته » . وفى ١ : « الدفع لرقبة » .

(٦) « أكثر » ليست فى ٥ و ١ . وفى ١ : « بمجانبتها عن قيمته » .

(٧) فى ٥ : « ثم دبره » .

(٨) فى ٥ : « من يوم » .

ولا يعتبر القيمة يوم التدبير ، لأنه^(١) صار مانبا بالتدبير السابق عن تسليمه في حال الجناية .

. . .

وأما جنابة المأثب^(٢) :

< ف > عليه دون^(٣) سيده ، ودون عاقلته - يحكم عليه بالأقل من قيمته ومن أرش جنائته . وهذا لأن الواجب الأصلي هو^(٤) دفع الرقة ، وتسليم رقبته ممكن ، في الجملة ، بأن عجز^(٥) نفسه ، فيكون متعلقا برقبته على طريق التوقف^(٦) فلا^(٧) ينتقل الحق من رقبته إلى ذمته ، ليؤدي^(٨) من كسبه ، إلا بأحد معان ثلاثة : إما بحكم الحاكم بأرشها عليه ، أو يصطلحوا على الأرض ، أو يموت ويترك مالا أو ولدا^(٩) - وهذا الذي ذكرنا^(١٠) مذهبا ،

(١) في - « لائها » .

(٢) راجع باب الكتابة في الجزء الثاني (ص ٤١٦ وما بعدها) .

(٣) « صار مانبا . . . عليه دون » ليست في ب .

(٤) « هو » ليست في - و ا .

(٥) في ا و - : « يسجز » . وبإشارة الكسائي (٧ : ٢٦٨ : ٩ من أسفل) : « ولنا أن الحكم الأصلي في جنابة البعد هو وجوب الدفع ، وامتناعه هنا لما رُشِمَ يتم اليأس عن زواله ، وهو الكتابة ، لاحتال البجز ، لأنه ربما يسجز ، فيرد في الرق ، فيبين أن الجنابة صدرت من القن ، فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته دينا في ذمته لئلا من حيث الظاهر ، والامر في الحقيقة على التوقف » .

(٦) في ب و - : « التوقيف » . وفي ا : « التوقيف » . راجع الهامش السابق .

(٧) في ب و - : « ولا » .

(٨) في ا : « يؤدي » .

(٩) في ب : « مالا وولدا » .

(١٠) « ذكرنا » ساقطة من - و في ا : « وهذا مذهبا » .

وقال زفر : إن جنايته تجب في ذمته ^(١) ، بمنزلة الحر ^(٢) .
وثمره الخلاف تظهر في مواضع :

— من ذلك أن المكاتب إذا عجز ، قبل انتقال الجناية من رقبته . يقال
للعولى : ادفعه أو افده . وعند ^(٣) زفر : يباع في الأرض ^(٤) .
— ومن ذلك أيضا أن المكاتب إذا جنى ثم جنى قبل القضاء بالجناية
الاولى ^(٥) عليه ، يقضى عليه بقيمة واحدة ، لأن الجناية تتعلق بالرقبة ،
والرقبة الواحدة تتضابق عنها ، كجنايتي ^(٦) العبد . وعند زفر : يحكم في
كل جناية بقيمته ، لأنها تجب عنده في الذمة ولا تضابق فيها ^(٧) .

وأما جناية العبد و ^(٨) المدير وأم الولد على مولاهم ^(٩) أو على ماله ^(١٠) ،
خطأ : < > تكون هدرا ، لأنه لو وجب الضمان ، يجب على العبد
للعولى ^(١١) ، والمولى لا يجب له مال على عبده ^(١٢) .

(١) في ا و ح : « في الذمة » .

(٢) « الحر » ساقطة من ا . وفي ح كذا : « اخر » .

(٣) في ا و ح : « وقال » .

(٤) في الأرض « ليست في ا » .

(٥) « الاولى » من ا و ح .

(٦) في ح : « كجناية » .

(٧) في ا و ح : « ولا تضابق » ا . وزاد هنا في ب : « والله تعالى أعلم » .

(٨) « العبد » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « وأما جناية المدير . . . » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « مولاهما » . انظر الهامش السابق .

(١٠) كذا في ب . وفي الأصل : « ماله » . وفي ح و ا : « ماله » .

(١١) « للعولى » من ا و ب و ح .

(١٢) « والمولى » ع . « ليست في ا و ب و ح » .

ونكذا^(١) الجنابة من المولى ، عليهم : تكون^(٢) هدرا أيضا^(٣) ، إلا
أن فى المدر يجب عليه^(٤) أن يسعى فى قيمته إذا قتل^(٥) المولى خطأ ،
لأن المتق^(٦) وصية ، فلا يجوز أن يسلم^(٧) للقاتل^(٨) .

وأما جنابة المكاتب على مولاة ، وجنابة مولاة^(٩) عليه^(١٠) - خطأ ،
فلا زمة^(١١) ، لأن المكاتب أحق^(١٢) بمنافعه ، وأكسابه^(١٣) ، فيكون
كلخر سواء .

وأما الجنين - > فنقول < :

إذا ضرب الرجل بطن^(١٤) امرأة ، حوقة فألقت جنينا ميتا^(١٥) ؛ فعليه

(١) « كذا » فى ب . وفى الأصل : « فكذا » . وفى « ١ » : « ثم » .

(٢) « تكون » من « اوب و » .

(٣) « أيضا » من « اوب و » .

(٤) « عليه » ليست فى « و » .

(٥) فى الأصل « وب » : « إذا قتل » .

(٦) فى « و » : « عتقه » .

(٧) فى « و » : « تسلم » . انظر الهامش التالى .

(٨) البارة فى الكشاف (٧ : ٢٧٠ - ٢٢٢ - ٢٥) : « ولد كان مدبرا فقتل مولاة

خطأ ؛ فعنائه مدر ، وعليه السعاية فى قيمته ، لأنه لو وجبت الدية لوجبت على المولى ، لأنه
لو جنى على أجنبى لوجبت الدية عليه ؛ فهنا أدل ، ولا سبيل لى الإيجاب له وعليه ، إلا أنه
يسعى فى قيمة نفسه لأن التق يثبت بطريق الوصية ؛ ألا ترى أنه يتبر من التقت ، والوصية لا تسلم
للقاتل ، إلا أن التق يبد وقوعه لا يمتثل القسح فوجب عليه قيمة نفسه » .

(٩) فى « و » : « المولى » .

(١٠) « عليه » ليست فى ب .

(١١) « عليه الأكل من قيمته أو الدية » الكشاف (٧ : ٢٧١ - ٧) .

(١٢) فى « و » : « أولى » .

(١٣) فى « و » : « منافع أكسابه » . وفى « ١ » : « بمنافع أكسابه » .

(١٤) فى ب : « بطن » .

(١٥) « ميتا » من « اوب و » .

الغرة^(١) ، وهى عبد أو أمة تعدل خمسمائة درهم^(٢) ، ذكرنا كان الجنين أو أُنثى .

وكان القياس فيه^(٣) أن لا يجب شئ . لأنه يحتمل أنه لم يكن فيه حياة ، وقت الضرب ، ولهذا لو ضرب بطن دابة ، فألقت جنينا ، ميتا ، لا يجب الضمان . وفى الاستحسان : يجب ، لا إجماع الصحابة على ذلك . ويكون على العاقلة .

ولو ألقته^(٤) حيا ، فأت^(٥) من ساعته ، فعليه^(٦) الدية ، كاملة ، على العاقلة ، لأنها صارت نفسا^(٧) من كل وجه^(٨) .

ولو ماتت الأُم بالضرب ، ثم خرج الجنين ، ميتا : لا يلزمه الغرة ،

(١) فى المغرب : غرة المال خياره كالفرس والبئر النجيب والبدد والأمة الفارغة ومنه الحديث « وجعل فى الجنين غرة : عبدا أو أمة » أى رقيقا أو محمولا كما تبذل عبدا أو أمة . وقيل : أطلق اسم الغرة وهى الوجه على الجملة كما قيل رقة ورأس ، فكأنه قيل : وجعل فيه نسمة : عبدا أو أمة . وقيل : أراد الخيار دون الرذال . وعن أبى عمرو بن العلاء : لو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد بالفرقة معنى لقال : « فى الجنين عبدا أو أمة » ، ولكنه عن البياض فلا يقبل فى دية الجنين إلا غلام أبيض وجارية بيضاء . وانظر الكشافى ، ٧ : ٣٢٥ : ٢٤ .

(٢) « درهم » من ب . والباية فى ا : « غلبة غرة وهى خسارة درهم فضة أو خمسون دينارا » ذكرنا كان الجنين أو أُنثى .

(٣) « فيه » من ب .

(٤) « كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « ألقته » .

(٥) « كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل يشبه : « فأت » .

(٦) « فى ا و ب و ح » « فيه » .

(٧) « فى ح » : « لأنه صار نفسا » . وفى ا : « لأنه كل نفسا » . انظر المامنى التالى .

(٨) « والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل أنه لا يجب فيه كمال الدية » الكشافى ،

لاحتمال أنه مات بسبب الحرق ، فزاد هنا احتمال (١) آخر .
وأصل الوجوب ثبت بخلاف القياس ، فلا يقاس عليه (٢) ما ليس نظيره .

.

ولو ضرب بطن أمة ، فألقت جنينا ، ميتا : يفرم (٣) نصف عشر قيمته
إن كان ذكرا ، وعشر قيمتها (٤) إذا كان أنثى . وقال الشافعي : فيه
عشر قيمة الأم .

وهذا لما ذكرنا (٥) أن الواجب في الجنين الفرة ، بالنص ، وهو خمسمائة
درهم (٦) وذلك عشر دية الأنثى ، ونصف عشر دية الذكر ، والقيمة في
الأمّة كالدية في الحرة ، فوجب عشر قيمتها (٧) إن كانت (٨) أنثى ،
ونصف عشر قيمته إن كان ذكرا ، بناء على الحر (٩) ، إلا أن (١٠) ماوجب
في جنين الأمّة ، فهو في مال المضارب (١١) ، حالا (١٢) ، لأن مادون

(١) في ب : « احتمالا » .

(٢) في ا و ح : « على » .

(٣) في ا و ب و ج : « بقيه » .

(٤) في ب : « قيمته » .

(٥) في ب : « وهذا لما ذكرنا لأن كان ذكرا » .

(٦) « درهم » من ا و ب .

(٧) في ب : « قيمته » .

(٨) في ا و ب و ح : « كان » .

(٩) في ا و ح : « الحرة » .

(١٠) « أن » ليست في ا و ح .

(١١) في ب : « المضارب » .

(١٢) « حالا » ليست في ح .

النفس من الرقيق ضمانه ضمان الامة موال ، وذلك مما^(١) لا تتحمله العاقلة ،
بخلاف جنين الحرة .

وأما بيان من يجب عليه المية - فنقول :

كل دية وجبت بنفس القتل ، في خطأ ، أو شبه عمد ، أو في عمد دخلته^(٢)
شبهة : تجب^(٣) في ثلاث سنين ، على من^(٤) وجبت عليه : في كل
سنة الثلث .

فالخطأ وشبه العمد^(٥) : على العاقلة .

و > أما < العمد الذى تدخله الشبهة ، فيتحول مالا : فهو في مال
الجاني ، في ثلاث سنين ، وذلك مثل قتل الأب ابنه^(٦) ، والمولى عبده^(٧) .
وكذلك إذا صولح من الجناية على مال : لا يجب على العاقلة ، ويجب
على القاتل ، في ماله ، حالا ، لأنه ما وجب بنفس القتل ، وإنما وجب^(٨)

(١) في « ما » . وفي ب : « وذلك لا بخلاف جنين الحرة » .

(٢) في ا : « دخلت » .

(٣) « تجب » من ا و . وفي الاصل : « وي » . وفي ب : « فهو » بدلا من :

« تجب » .

(٤) كذا في ا و ب و . وفي الاصل : « ما » .

(٥) في « : كالحطأ أو شبه العمد » .

(٦) في ب : « الأب الابن » . وفي ا و هـ كذا : « الاجانية » . والظاهر أنه تحريف

من الناسخ . راجع من ١٤٢ وما بعدها .

(٧) « والمولى عبده » ليست في ب . راجع من ١٤٢ وما بعدها .

(٨) في ب : « يجب » .

بعقد الصلح ، فإن جملاء مؤجلا ، يكون مؤجلا ، وإلا فيكون حالا ،
كشئ المبيع .

وكذا من أقر على نفسه ، بالقتل ، خطأ : فالدية في ماله ، في ثلاث
سنين^(١) ، لا على العاقلة .

وكذلك ما وجب بجنابة العبد : فإنه لا يكون على العاقلة .
وأصل ذلك حديث عمر ، رضى الله عنه ، موقوفا عليه^(٢) ومرفوعا :
« لا تعقل العاقلة عمدا ، ولا عبدا ، ولا صلحا ولا اعترافا ، ولا مادون
أرشد الموضحة » - إلا أن في الصلح ، تجب حالا ، وفي الإقرار ، والعمد
الذي فيه^(٣) شبهة ، تجب عليه ، ولكن مؤجلا في ثلاث سنين ، لإجماع^(٤)
الصحابه : أن الدية تجب^(٥) مؤجلة في ثلاث سنين : في كل سنة^(٦)
الثلاث ، عند انقضائها .

وكذلك الحكم في الحر من بدل النفس : فهو في ثلاث سنين ،
كالعشرة إذا قتلوا واحدا ، خطأ : فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية ،
في ثلاث سنين^(٧) .

(١) « سنين » ليست في أ

(٢) « عليه » من أ ب و هـ . وفي هـ : « موقوفا عليه » .

(٣) في أ و هـ : « دعت فيه » .

(٤) في أ و هـ : « إجماع » .

(٥) « تجب » ليست في ب .

(٦) « في كل سنة » ليست في ب .

(٧) « كالعشرة سنين » ليست في أ و هـ .

ولا يفرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة^(١) دراهم ، أو أربعة ، فى ثلاث سنين ، فإن قلت^(٢) العاقلة حتى صار^(٣) نصيب كل واحد منهم أكثر من ذلك ، يضم إليهم أقرب القبائل منهم ، فى النسب ، من أهل الديوان كانوا أو من غيرهم ، حتى لا يلزم الرجل منهم أكثر من ذلك ، لأنه يجب عليهم ، بطريق الإعانة ، تخفيفا على قريبهم ، فلا يجوز أن يجب عليهم^(٤) على وجه فيه تمسير عليهم .

وأما أوش مادون النفس ، خطأ ، إذا بلغ نصف عشر الدية ، فهو على العاقلة ، فى سنة . وكذا فى المرأة إذا^(٥) بلغ نصف عشر ديتها : يكون على العاقلة ، فى سنة ، لأن ما دون النفس^(٦) معتبر بالدية . ثم ما زاد^(٧) على نصف العشر إلى أن يبلغ ثلث الدية ، ففى سنة ، قياسا على ما يجب على العاقلة ، فى السنة الأولى . فإن زاد على الثلث^(٨) : فالزيادة تجب^(٩) فى سنة أخرى إلى الثلثين^(١٠) .

(١) فى أو ح : « ولا يلزم كل واحد من العاقلة إلا ثلاثة دراهم » .

(٢) فى أو ح : « قلت » .

(٣) « صار » من أو ح .

(٤) فى أو ح : « قربتهم فلا يجب عليهم » .

(٥) فى أو ح : « وكذا فى جنين المرأة إلا أنه إذا ... الت » . راجع الكشاف ، ٧ :

٢٢٢ : ٢ .

(٦) « خطأ إذا بلغ ... لأن ما دون النفس » ليست فى ب .

(٧) فى أو ح : « ثم إذا زاد » .

(٨) « ففى سنة قياسا ... على الثلث » ليست فى أو ح .

(٩) « تجب » من أو ح .

(١٠) فى أو ح : « فى السنة الأخرى أى الثلثين » .

فإن زاد على الثلاثين : فهي ^(١) في السنة الثالثة .

ثم المأقلة من م ^(٢) ؟

فمئتنا - المأقلة هم أهل الديوان ، في حق من له الديوان ، وهم المقاتلة . ومن لا ديوان له ، فمأقلته من كان من عصبته ^(٣) في النسب ^(٤) . وعند الشافعي : لا يلزم أهل ^(٥) الديوان إلا أن يكونوا من النسب . والصحيح قولنا ، لما روى عن إبراهيم ^(٦) النخعي ^(٧) أنه قال : كانت الدية على القبائل ، فلما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين ^(٨) جعلها على أهل الديوان ، وذلك بحضرة الصحابة ، رضي الله عنهم ، من غير خلاف . وتبين أنه إنما كان على أهل ^(٩) القبائل للتناصر ، فلما صار التناصر بالديوان اعتبر ^(١٠) الديوان ، لوجود المعنى . ولهذا لا تكون المرأة ، والصبي ، والعبد ، والمدر ، والمكاتب من جملة المأقلة ، لأنهم ليسوا من أهل التناصر . ولا من أهل الإغانة بالشرع ^(١١) - والله أعلم .

(١) في ب « فهو » - راجع الكاساني ٧ : ٣٢٣ .

(٢) « من هم » ليست في أ .

(٣) في أ و ح : « عشيرة » .

(٤) في أ و ب و ح : « من النسب » .

(٥) في ح : « من أهل » .

(٦) و (٧) « إبراهيم » من أ و ح - فقيه أهل الكوفة . وهو تابعي جليل . دخل على عائشة رضي الله عنها ولم يثبت له منها شئ . وسمع جماعات من كبار التابعين . وروى عنه جماعات من التابعين منهم حماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة . وأجوا على توثيقه وجلالته وبراعته في الفقه . وقد توفي سنة ٩٦ هـ . وهو ابن تسع وأربعين سنة وقيل ابن ثمان وخمسين سنة (التنوير ، التهذيب) .

(٨) في أ و ح : « الديوان » .

(٩) « أهل » من ب .

(١٠) في ب : « اعتبروا » .

(١١) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بالشرع » .

باب

ضمان الراكب ، ومن كان في معناه

أصل الباب^(١) : أن السير في ملك نفسه^(٢) مباح مطلق ، والسير في طريق المسلمين مأذون ، بشرط السلامة : فما^(٣) تولد من سيره من تلف^(٤) ، مما يمكن الاحتراز عنه ، فهو مضمون ؛ وما لا يمكن الاحتراز عنه ، فليس بمضمون ، إذ لو جعلناه مضمونا ، لصار ممنوعا عن السير ، وهو مأذون . ولهذا قال أصحابنا رضوان الله عليهم إن ما^(٥) أثار^(٦) من الغبار ، بالشيء أو بسير الدابة ، لا يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه^(٧) .

وكذا ما أثارَت الدابة^(٨) ، بسنابكها ، من الحصى الصغار . وأما الحصى

(١) في ح : « قال رحمه الله : أصل الباب » .

(٢) في ب : « في ملكه » .

(٣) كذا في أ وب . وفي الأصل : « وما » . وفي ح : « فيها » .

(٤) « من تلف » من أ و ح .

(٥) « ما » من أ وب و ح .

(٦) في أ و ح : « ما كان » .

(٧) في ب : « لا يمكن التحرز » اهـ .

(٨) « الدابة » ليست في أ و ح .

الكبار : فإن الراكب يضمن ما تولد منه ، لأنه لا يكون سببا إلا^(١)
بالعنف في السير^(٢) ، فيمكن الاحتراز عنه .
وإذا ثبت هذا - فقول^(٣) :

— من سارت دابته في طريق المسلمين ، وهو راكب عليها ، أو قائد ،
أو سائق - فوطأت^(٤) دابته رجلا ، يدها أو رجلها ، أو كدمت ، أو
صدمت بصدرها ، أو^(٥) خبطت يدها : فهو ضامن ، لأنه يمكن^(٦)
الاحتراز عنه^(٧) .

— وكذلك السائق^(٨) والقائد^(٩) ، لأنه مقرب للدابة^(١٠) إلى الجناية .
— والرديف كالراكب ؛ إلا أن الفرق أن الراكب قاتل^(١١) بوطء

(١) في أو ب و ح : « لأن ذلك لا يكون إلا » .

(٢) في ح و ا : « بالسير » .

(٣) « فنقول » من أو ب ، وفي ح : « قول » .

(٤) كذا في ب . وفي ا و ح والأصل : « فأوطأت » . وفي المصباح : إنه يشد لل
ثان بالهمزة فيقال : أوطأت زيدا الأرض - قال الباقون في النهاية (الميمنية ، ٩ : ٢٥٧) :
« الصحيح : لا وطلعت الهابة - وقيل : يجوز أن يكون مفعولا لإطعاء محنوتين وتهديره :
أوطأت الدابة يدها أو رجلها إنسانا » .

(٥) اللواو ساقطة من الأصل .

(٦) في ا و ح : « يمكن » .

(٧) « عنه » ليست في ا .

(٨) كذا في أو ب و ح . وفي الأصل كذا : « وكذلك عضت السائق » .

(٩) « والقائد » من ا . وفي ح : « وكذلك القائد » . وفي ب : « وكذا القائد » .

(١٠) في ا و ح : « الدابة » .

(١١) في ب : « قاتل » .

الدابة بثقله وفعله وليس بحسب ، والسائق مسبب ، حتى تجب ^(١) الكفارة على الراكب دون السائق والقائد .

سـ لو تفتت ^(٢) الدابة برجلها ^(٣) ، وهى تسير ، أو بذنبها ، فلا ضمان فى ذلك على راکب ، ولا رديف ، ولا سائق ، ولا قائد ^(٤) - لأن الاحتراز عنه غير ممكن .

سـ لو أوقف ^(٥) الدابة فى الطريق ، فهو ضامن لما تولد من وقوف الدابة : من الوطاء ، والنفحة بالرجل ، والذنب ، وما عطب ^(٦) بروشها ، وبولها ، ولعابها .

سـ وكذا إذا أوقفها ^(٧) على باب مسجد من مساجد المسلمين ، فهو بمنزلة الطريق ، لأنه من جلته ^(٨) ، والسير مأذون فى الطريق ، دون الوقوف والإيقاف ^(٩) .

سـ فإن جعل الإمام ، للمسلمين ، عند باب المسجد ، موقفا لوقوف

(١) فى « : يجب » .

(٢) فتت الدابة فمما ضربت بمخارها (المصباح) ، وراجع ابن الهمام ، التتبع ، ٨ : ٣٤٥ .

٣٤٦ . وفى ب : « تفتت » .

(٣) « برجلها » ليست فى أ .

(٤) كذا فى ب وأ . و « قا » ساقطة فى الأصل .

(٥) فى ب : « وقف » .

(٦) كذا فى أ وب . وفى الأصل : « عطب » .

(٧) كذا فى أ . وفى الأصل : « أوقف » . وفى ب : « أوقفت » . وفى ب : « وقف » .

(٨) فى أ . و « لأنه من جلته الطريق » .

(٩) فى أ وب . و « دون الوقوف بالاتفاق » .

الدواب ^(١) : فاحدث ، من الوقوف ^(٢) ، غير مضمون ، لأنه مأذون فيه . ولكن لوساق الدابة فيه ^(٣) ، أو قاده ، أو سار فيه ، على الدابة : يضمن ، لأن الإذن في حق الوقوف ، لا غير ، فبقى ^(٤) السير على ما كان : بشرط السلامة .

- وعلى هذا : وقوف الدواب ، في سوق الخيل والدواب ، لأن ذلك مأذون من جهة السلطان .

- وعلى هذا : الفلاة ، وطريق مكة ، إذا كان وقوف الدابة في غير المحبة ^(٥) ، في ناحية منه ^(٦) ، لأن هذا مما لا ^(٧) يضر بالناس ، فلا يحتاج فيه إلى الإذن . وأما الوقوف في المحبة فهو ^(٨) كالوقوف في طريق المسلمين .

- فأما إذا كان الطريق ملكاً خاصاً ، له ^(٩) ، فساق ^(١٠) فيه ^(١١) دابته ،

(١) في - هكذا : « موقوفاً لو وقف الدابة » . وفي أ : « للمسلمين موقفاً عند باب المسجد أو موقف الدابة فاحدث في ذلك غير مضمون » .

(٢) في - : « في الوقوف » . وفي أ : « فاحدث في ذلك غير مضمون » - راجع الهامش السابق .

(٣) « فيه » ليست في ب .

(٤) في ب : « يبقئ » .

(٥) المحبة جادة الطريق (المصباح) .

(٦) في أ و ح : « وناحية منها » .

(٧) « لا » ليست في ب .

(٨) « فهو » من أ و ح .

(٩) « له » ليست في أ و ح .

(١٠) كذا في أ و ب و ج . وفي الأصل : « فساق » . وفي المصباح ما مفاده : ساق الفرس تسبب أي ذهب على وجهه ، وسببه صاحبه . قلل الصحيح لذن أن يقال : « تسبب فيه دابة » .

(١١) « فيه » ليست في أ و ح .

أو سار بها وهو راكب ، أو في ملكه في الجملة^(١) : فما تولد من سيره
فهو غير مضمون عليه ، إلا وطء الدابة ، لأنه تصرف في ملكه^(٢) ،
فلا يتقيد بشرط السلامة ، لكن الوطء بمنزلة فعله ، لحصول الهلاك بثقله .
ومن تعدى على الغير^(٣) في دار نفسه يضمن .

— ولو نقرت الدابة أو انفلتت^(٤) منه : فما أصابت في فورها ذلك ،
لا ضمان عليه^(٥) ، سواء كان الانفلتات^(٦) في ملك صاحبها ، أو في الطريق ،
أو في ملك الغير ، لأنه لا صنع له فيه ، ولا يمكن الاحتراز عنه .

— وقد قالوا فيمن أرسل دابته : فما أصابت في فورها ضمن ، وإن مالت
يميناً^(٧) أو^(٨) شمالاً ، ثم أصابت ، فهو على وجهين : إن لم يكن لها طريق
آخر : يجب الضمان على المرسل ، لأنها باقية على الأرسال ، وإن كان لها
طريق آخر^(٩) ، فأنراجها^(١٠) باختيارها يقطع حكم الأرسال ، فتصير كالمنفلتة .
— ولو حفر بئراً^(١١) في طريق المسلمين ، أو أخرج جناحها ، أو نصب

(١) في ب : « وهو راكب في ملكه في الجملة فما ... » .

(٢) « لأنه تصرف في ملكه » ليست في أ و ح .

(٣) في ب تشبه : « العين » .

(٤) في أ و ح : « انفلتت » .

(٥) « عليه » ليست في أ و ح .

(٦) كذا في أ و ح و ب . وفي الأصل : « الامتلات » .

(٧) في أ و ح : « يمين » .

(٨) في ب : « و » .

(٩) « يجب الضمان ... طريق آخر » ليست في أ و ح .

(١٠) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فأنراجها » . وفي التاموس : أنرجت

عنه عدلت عنه وتركته .

(١١) في ح : « بئر » .

فيه ميزابا ، أو بنى دكانا ، أو وضع حجرا ، أو خشبة ، أو متاعا^(١) ، أو صب ماء في الطريق^(٢) ، أو قعد ليستريح ، أو لمرض^(٣) أصابه ، فمثر بشيء من ذلك عابر^(٤) ، فوق ، فات ، أو وقع على غيره ، فقتله ، أو على مال إنسان ، فهلك : فهو ضامن ، لأنه متعد^(٥) ، لأن الطريق مأذون فيه للسير لاغير ، فما^(٦) تولد منه ، يكون مضمونا .

ثم ما كان من الجنابة ، على بنى آدم ، فهو على الماقلة^(٨) ، على ما ذكرنا^(٩) . وما كان على^(١٠) المال ، فهو عليه ، في ماله ، حالا .

— ولو كان الرجل سائرا على دابته^(١١) ، أو واقفا عليها ، في ملكه أو في طريق العامة — فنخس دابته رجل ، فضررت بذنبها^(١٢) أو برجلها^(١٣) ، أو تفرقت فصدمت^(١٤) إنسانا ، في فور النخسة : فالناخس ضامن ، دون

(١) في هـ : « أو متاعا » . وفي « أو خشبة أو متاعا » ليست في أ .

(٢) في هـ : « في الطريق للسير » .

(٣) « أو » ليست ب .

(٤) في هـ : « مرض » .

(٥) في أ وب : « عائر » . وفي هـ : « عائرة » .

(٦) « لأنه متعد » ليست في هـ و أ . وفي الأصل و ت : « لأنه متدعي » .

(٧) في هـ : « لها » .

(٨) كذا في أ وب و هـ . وفي الأصل : « الماقلة » .

(٩) راجع فيها تقدم ص ١٨٣ وما بعدها .

(١٠) في أ و هـ : « من » .

(١١) في ب : « دابة » .

(١٢) في ب : « يدها » .

(١٣) كذا في أ و هـ . وفي الأصل و ب : « رجلها » .

(١٤) في أ و هـ : « وصدمت » .

الراكب ، إذا فعل ذلك بغير أمره ، لأنه متمدد في النخس ^(١) ، فما ^(٢) تولد منه مضمون عليه ^(٣) ، والراكب ليس بمتعمد .
فأما إذا انقطع القود ^(٤) ، فذلك مضاف إلى اختيار الدابة ، لا إلى الناخس .
وكذلك ^(٥) لو ضربها ^(٦) وجل ، بغير أمره .
— فأما إذا نخس بأمر الراكب ، أو ضرب - فنفتحت رجلها إنسانا ،
فقتلته ^(٧) : فإن كان ^(٨) الراكب يسير في الطريق أو كان ^(٩) واقفا في
ملكه ، أو في موضع قد أذن فيه بالوقوف ، من هذه الأسواق ،
ونحوها ، فلا ضمان في هذا : على راكب ، ولا سائق ، ولا ضارب ،
ولا ^(١٠) ناخس ، لأنه فعل ، بأمر الراكب ، فعلا يملكه الراكب ،
فصار فعله كفعله ، ولو فعل الراكب لا يضمن ما أصابت الدابة ^(١١) بالرجل ^(١٢) - فكذا هذا .

-
- (١) « دون الراكب ... في النخس » ليست في أ و ح .
(٢) في هـ و ا : « لما » . انظر المامش التال .
(٣) « مضمون عليه » ليست في أ و ح . راجع المامش السابق .
(٤) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « القود » .
(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فكذلك » .
(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « ضرب بها » .
(٧) في هـ : « قتله » .
(٨) « كان » من أ و ب و ح .
(٩) « كان » من أ و ح .
(١٠) « لا » من أ و ب .
(١١) « الدابة » من أ و ح .
(١٢) في أ و ح : « بالرجل » .

— ولو كان الراكب واقفاً في بعض طرق^(١) المسلمين ، التي لم يؤذن بالوقوف فيها ، فأمر رجلاً أن يضرب دابته ، فضربها ، فنفعت رجلاً^(٢) ، فقتلته^(٣) ، فالدية عليها نصفان — هكذا ذكر^(٤) الكرخي .

وردى ابن ساعة عن أبي يوسف ، في هذا ، أن الضمان على الراكب لا غير ، لأن ضربه لها ، بأمر الراكب^(٥) ، كضرب الراكب ، ولو فعل الراكب ، فتولد منه شيء ، برجلها ، يضمن — فكذا هذا^(٦) .
ووجه ما ذكر الكرخي أن كل واحد منهما متمد ، بطريق التسبب ، فصبارا^(٧) شريكين .

— ولو كان الرجل يسير على دابته ، فأمر رجلاً حتى ينخسها ، أو يضربها^(٨) ، فوطئت إنساناً ، فأت : فالضمان عليهما .
— وكذلك لو فعل ، بغير أمر الراكب ، فوطئت إنساناً^(٩) ، فأت : فالضمان عليهما ، لأن الموت حصل بسبب فعل الناحس ، وثقل^(١٠)

(١) في أو ب و ح : « طريق » .

(٢) « رجلاً » ليست في ب .

(٣) كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « فقتله » .

(٤) كذا في أو ب و ح . وفي الأصل : « ذكره » .

(٥) في ح كذا : « لأن ضربه أصاب من الراكب .. » .

(٦) « هذا » ساقطة من ح . وفي ا : « هنا » .

(٧) كذا في أو ب . وفي الأصل و ح : « ضار » .

(٨) في أو ب و ح : « ينخسها أو يضربها » .

(٩) « فوطئت إنساناً » ليست في ا و ح . وفي الأصل بين السطور في هذا الموضع :

« أي بدفعها — صح » . فتكون العبارة مع هذه الزيادة : « فوطئت إنساناً أي بدفعها » .

(١٠) في ا : « وفعل » . انظر الحامش التالي .

الراكب ، فيكون الضمان عليهما^(١) .

— ولوقاد الرجل قطارا^(٢) ، فما أوطأه^(٣) أوله ، أو^(٤) أوسطه ، أو^(٥) آخره : فهو ضامن له .

— وكذلك إن صدم إنسانا ، فقتله ، لأن القائد مقرب للبيمة إلى الجناية ، وهذا مما يمكن الاحتراز عنه ، في الجملة ، بأن يذود^(٦) الناس عن الطريق . فإن كان معه سائق : فالضمان عليهما كيفما كان السائق^(٧) : في وسط القطار ، أو في آخره . لأنه قد يكون سائقا وقائدا^(٨) ، وقد يكون سائقا لا غير والأول قائد ، فيها مسييان في^(٩) هذه الجناية .

— ولو كان على القطار محامل^(١٠) فيها أناس ، نيام أو غير نيام^(١١) :

(١) « لأن الموت ... الضمان عليهما » ليست في « .

(٢) القطار من الإبل قطعة منها على بعضها بضاً على نسق واحد واستعمل اليوم لمجلات السكة الحديدية تتقاطرها أي تنأجها (المنجد) - ولعل الصحيح أن يقول : « لمركبات » بدلا من « لمجلات » .

(٣) أوطأ أصله وطى أى علا - تدعى للى تان بالهمزة : يقال أوطأت زيدا الأرض (المصباح) . راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ١٨٨ .

(٤) و (٥) في ب : « و » .

(٦) في « : « يذود » . وفي ب : « يزود » .

(٧) « السائق » ليست في ب .

(٨) القائد من يكون أمام الدابة أخذاً بقيادها ، والسائق أن يكون خانها - كذا قال الخليل (المصباح) .

(٩) كذا في ا و ب و « . وفي الأصل : « من » .

(١٠) جمع تخيل وهو المودج (المنجد والمصباح) .

(١١) « أو غير نيام » ليست في ب .

فإن كان منهم القَوْدُ^(١) والسوق: فهم شركاء السائق والقائد^(٢)، وعلى الزكبان الكفارة لا غير .

فأما إذا لم يكن منهم فعل^(٣) في القَوْدِ : فهم كالمتاع ، فلا شيء عليهم .
— ولو أن^(٤) حائطا من دار إنسان مال إلى طريق نافذ أو إلى^(٥) دار رجل ، فهذا على وجهين :

إن بنى^(٦) الحائط مائلا إلى ملك غيره^(٧) . أو إلى الطريق - فهو ضامن لما عطب ، بسقوطه ، وإن لم^(٨) يطالب > بنقصه <^(٩) ، لأنه متمتع بالبناء في هواء غيره، وهواء طريق المسلمين حقهم أيضا^(١٠)، فإذا^(١١) تولد منه ، وهو^(١٢) ممكن الاحتراز عنه^(١٣) ، يؤخذ^(١٤) به .

(١) قاد الرجل الفرس قَوْدًا وقيادا وقيادة - قال الخليل : القَوْدُ أن يكون الرجل أمام الدابة أخذًا بقيادها . والسوق أن يكون خلفها - فإن قادها لفصيل : اقتادها (المصباح) .
(راجع الهامش ٨ من ١٩٥) .

(٢) في حوا : « فهم كقائد والسائق » .

(٣) « فعل » ليست في أ .

(٤) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « كان » .

(٥) « إلى » من ب .

(٦) في ب : « إن كان بنا » . وفي أ و ح : « لئلا يبين الحائط »

(٧) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « غير » .

(٨) « لم » من ب .

(٩) أخذتها مما سيأتي .

(١٠) « وإن لم يطالب ... حقهم أيضا » ليست في أ و ح .

(١١) في أ : « فيها » .

(١٢) في أ و ح : « لأنه » .

(١٣) « عنه » من أ و ب و ح .

(١٤) في أ و ح : « فيؤخذ » .

فأما إذا بنى فى ملكه ، وحقه ، ثم مال البناء^(١) إلى الطريق ، أو إلى دار إنسان ، فلم يطالب بنقصه ، ولم يشهد عليه فيه ، حتى سقط على رجل فقتله ، أو على مال إنسان فأنتلقه - فلا يضمن ، لأنه شغل هواء غيره ، ووقع^(٢) فى يده بغير صنعه ، وهو ميلان الجدار ، فيكون فى يده أمانة ، كثوب ألقته الريح فى يده ، فما تولد منه لا يؤاخذ به . وإن^(٣) طوابق بنقصه ، وأشهد عليه ، ثم سقط بعد ذلك فى مدة أمكنه^(٤) تقضه فيها ، فهو ضامن ، لأن ، بعد المطالبة ، يجب عليه التفريغ^(٥) ، فإذا لم يفعل ، مع الإمكان ، صار متعديا - كما فى الثوب الذى هبت به الريح : إذا طلبه^(٦) صاحبه ، فامتنع عن الرد ، يجب الضمان عليه ، إذا هلك . أما إذا لم يفرط فى نقضه^(٧) ، وذهب حتى يستأجر من يهدمه ، فسقط فأفسد شيئا فلا شيء^(٨) عليه ، لأنه يجب عليه إزالة يده^(٩) ، بقدر^(١٠) الممكن . والاشهاد أن يقول الرجل : « أشهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا » . والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم ، وإنما يحتاج إلى الاشهاد

(١) « البناء » من ب .

(٢) فى أو ح : « وقع » .

(٣) فى أو ب ح : « وإن » .

(٤) كذا فى أو ب ح . وفى الأصل : « فى هذه الأمكنة » .

(٥) « التفريغ » ليست فى أو ح . وفى ب هكذا : « التوزيع » .

(٦) فى أو ح : « طالب » .

(٧) فى ب هكذا : « فى نقضه شئ » .

(٨) فى ب : « فلا ضمان » .

(٩) فى أو ح : « أذاه » .

(١٠) فى أ : « بالقدر » .

ليثبت^(١) به المطالبة، عند الإنكار، كما قلنا في الشفعة: إن اعتبر هو الطلب، وإنما الإشهاد ليثبت^(٢) الطلب بالشهادة، عند الإنكار^(٣) - حتى لو اعترف صاحب الدار^(٤) أنه طوّل بقضه، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه . ثم إن كان المِلان إلى دار إنسان، فالإشهاد^(٥) إلى صاحب الدار إن كان فيها، أو لم يكن فيها ساكن^(٦)، وإن كان فيها ساكن^(٧)، فالإشهاد إلى السكان . وإن كان المِلان إلى طريق العامة، فالإشهاد إلى^(٨) كل من له حق المرور فيه : المسلم^(٩) والذمي فيه سواء . ولكن إنما يصح^(١٠) الإشهاد على مالك الحائط أو^(١١) الذي له ولاية النقص: مثل الأئب والوصي . < و لا يصح^(١٢) الإشهاد على المرتين، والمستأجر، والمستعير، والمودع - لأنه ليس لهم ولاية النقص، فكان الإشهاد عليهم وعدمه : سواء .

(١) في ب : « ولما يحتاج الإشهاد لثبت » . وفي هـ : « ثبت » .

(٢) في ا و ح : « ليثبت به » .

(٣) راجع فيها تكمّل ص ٧١ وما بعدها .

(٤) في ب : « صاحبه » .

(٥) في ا و ح : « فالمطالبة والإشهاد » .

(٦) في هـ : « لأن كان فيها ساكناً أو لم يكن فيها ساكناً » . وفي ب : « كان فيها ساكن

أو لم يكن فيها ساكن » . وفي ا : « كان فيها ساكناً أو لم يكن إذن كان ... الخ » . والصحيح

كما ينفرد بنظره : « إن كان فيها ساكناً، أو لم يكن فيها ساكن » .

(٧) في ا و ب و ح : « ساكن » . وذلك كالمتأجر والمستعير (راجع الكاساني ،

٧ : ٢٨٤ : ١٩) .

(٨) « لى » من ا و ب و ح . وفي الاصل : « على » . والصحيح ما في المتن كما سيتبين

فيما يلي ، وانظر الكاساني ٧ : ٢٨٤

(٩) في ا و ب : « والمسلم » .

(١٠) في ا و ح : « كل » .

(١١) في ب : « و » .

(١٢) في ا و ب و ح والاصل : « فلما لا يصح » . والإشهاد « من ا و ح » .

ولو أشهد من له حق الإِشهاد ، على صاحب الحائِط المائل ، أو على من يصح عليه الإِشهاد ، فطلب منه التأجيل أو^(١) الإِبراء ، فأجل وأبرأ^(٢) : < ف > إن كان الميل إلى الدار^(٣) صح ، لأنه أبطل حقه . فأما إذا كان الميل^(٤) إلى الطريق ، فأبرأ أو أجل الذي أشهد عليه ، ممن له حق المرور أو القاضى^(٥) ، فإنه لا يصح ، لأن هذا^(٦) حق العامة : فأبراء الواحد وتأجيله يصح في حقه^(٧) لا في حق الناس^(٨) .

ولو باع صاحب الدار ، بعد الإِشهاد ، فسقط الحائِط بعد ما قبضه^(٩) المشتري أو بعد ما ملكه ، في زمان لا يتمكن من قبضه^(١٠) ، فلا ضمان على البائع ، فيما هلك بسقوطه ، لأنه لا يملك^(١١) القبض^(١٢) ، فسقط حكم الإِشهاد . وإن كان بعد التفريط^(١٣) : لا يسقط الضمان^(١٤) .

(١) في ا و هـ : « و » . انظر ما سيلي في المتن .

(٢) كذا واضحة في ب وغير واضحة تماماً في الأصل . و « فأجل وأبرأ » ليست في ا و هـ .

(٣) « الدار » ليست في ا و هـ . وفي ا : « إليه » .

(٤) « الميل » ليست في ب .

(٥) « أو القاضى » ليست في ا . وفي هـ : « والقاضى » .

(٦) في ب : « وهذا » .

(٧) في ب : « في حق نفسه » .

(٨) في ا و ب و هـ : « لا في حق الباقين » .

(٩) في ا و هـ : « قبضها » .

(١٠) « في زمان ... قبضه » ليست في ب .

(١١) في ا : « ما يتمكن من » . وفي هـ : « ما يمكن » .

(١٢) كذا في ب و ا و هـ . وفي الأصل : « القبض » .

(١٣) في هـ : « ولذا كان بعد التفريط لا يسقط الضمان » .

(١٤) « وإن كان بعد التفريط لا يسقط الضمان » ليست في ب . وزاد في ب : « والله

باب (١)

القسامة

يحتاج (٢) في هذا (٣) الباب إلى :
بيان (٤) مشروعية القسامة ،
وإلى تفسيرها ،
وإلى بيان (٥) من يجب عليه .

أما الأول :

فالقسامة مشروعة في القتل الذي يوجد به (٦) علامة القتل ، من
الجراح (٧) وغيرها ، ولم يعرف له قاتل - بالأحاديث ، وقضاء عمر رضى
الله عنه ، وإجماع الصحابة في خلافة عمر بن عبد العزيز رحمة الله عليه (٨) .
وأما تفسير القسامة ، > ويان من يجب عليه < :

> فهو < ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما أنه قال

(١) في ب : « كتاب » .

(٢) في ح : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٣) « هذا » من أ و ح .

(٤) « يان » من أ و ح .

(٥) « يان » ليست في ب .

(٦) في أ و ب و ح : « يوجد » .

(٧) في ب : « الجراحة » .

(٨) هو الخليفة الراشد . وأمه أم عاصم حفصة بنت عاصم بن عمر بن الخطاب . ولد بمصر سنة ٦١ هـ . (أو ٦٣) . وروج بالخلافة حين مات ابن عمه سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ . وتوفي سنة ١٠١ هـ . وعمره ٣٩ سنة ونصف سنة . وقد أجمروا على جلالة وفضله ووفور علمه وصلاحه وزهده وورعه وعدله (التتويج ، التهذيب) .

في القتل يوجد في^(١) المحلة أو في دار رجل في المصر : إن كانت بهجراحة ،
أو^(٢) أثر ضرب ، أو أثر خنق - فإن هذا قتل ، وفيه القسامة على عاقلة
رب الدار إذا وجد في الدار ، و^(٣) على عاقلة أهل^(٤) المحلة إذا وجد في المحلة :
يقسم^(٥) خمسون^(٦) رجلا : كل رجل منهم بالله : « ما قتلت » ، ولا علمت
له قاتلا - ثم يرمون الدية ، في ثلاث سنين ، على أهل الديوان : في
كل سنة الثلث ، مقدار ما يصيب كل واحد منهم ثلاثة دراهم أو أربعة
في ثلاث سنين ، فإن زاد ضموا إليهم أقربهم منهم من القبائل نسباً ،
لاجوارا^(٧) ، فإن نقصوا عن^(٨) خمسين كررت عليهم الأيمان^(٩) .
ثم لا يدخل في القسامة إلا العاقل البالغ الحر^(١٠) . فأما المرأة :
< ف > هل تدخل ؟ ذكر الطحاوي أنه لا يدخل في القسامة إلا رجل
عاقل بالغ حر^(١١) .

(١) « القسامة ما روى ... يوجد في » ليست في أ و ح .

(٢) في ح : « و » .

(٣) في ح و أ : « أو » .

(٤) « أهل » ليست في أ و ح .

(٥) في أ : « يحلف » .

(٦) في الأصل : « خمسين » .

(٧) راجع فيما تقدم من ١٨٣ - ١٨٦ وخصوصاً من ١٨٥ .

(٨) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « من » .

(٩) « الأيمان » ليست في أ .

(١٠) « الحر » ليست في ب .

(١١) كذا في أ و ح . وفي ب : « ذكر الطحاوي أنها لا تدخل ولا يدخل في القسامة إلا
عاقلاً بالغاً » . وفي الأصل : « ذكر الطحاوي أنه لا يدخل في القسامة إلا رجلاً عاقلاً بالغاً » . وفي
غنى الطحاوي (ص ٢٤٨) : « ولا يدخل فيمن يقسم امرأة ، ولا صبي ، ولا عبد ... الخ » .

وذكر محمد عن أبي حنيفة في القتل يوجد في قرية^(١) امرأة ،
لا يكون بها غيرها ، وليس لها عاقلة قريبة - قال : تستحلف^(٢) ، ويكرر
عليها الايمان ، وعلى عاقلها التي هي أقرب القبائل إليها في النسب^(٣) .
وقال أبو يوسف : ينظر إلى أقرب القبائل إليها ، وتكون^(٤) القسامة
عليهم ، ولا قسامة على المرأة ، لأنها ليست من أهل النصرة ، كالصبي
والجنون والبد.

وهما يقولان : إن المرأة من أهل الاستحلاف^(٥) في الحقوق ، ومن
أهل المشاركة في الدية : فإنها إذا^(٦) قتل رجلا ، خطأ ، تشارك
العاقل في الدية .

ويدخل في القسامة : الأعمى ، والمحدود في القذف ، والذمي -
لاهم من أهل الاستحلاف^(٧) والنصرة .

ويكون الاختيار في رجال القسامة إلى أولياء القتل ، لأن ذلك
حقهم ، ولهم في الاختيار فائدة .

هذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا رحمهم الله .

(١) في ب : « في قرية » - والظاهر أن الصحيح ما في المتن .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل : « او » : « يستحلف » .

(٣) في ا و : « التي هي أقرب إليها من النسب » .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل : « ويكون » . وفي ا و : « يكون » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « الاستحلاف » . وفي ا و : « الاستحلاف » .

(٦) « إذا » ساقطة من .

(٧) في الأصل : « ب » : « الاستحلاف » . وفي ا و : « الاستحلاف » . وما أبتناه في

المتن مثل ما في الكشاف ، ٧ : ٢٩٥ ، ٨ : وراجع فيما تقدم المامض .

وقال مالك والشافعي رحمهما الله : إذا كان هناك لَوْنٌ ^(١) ، أى علامة القتل من ^(٢) واحد بيته ، أو بينهما عداوة ظاهرة : فإنه يستحلف ^(٣) الأولياء خمسين يمينا .

ثم يقتصر من ^(٤) المدعى عليه عند مالك ^(٥) .

وعند الشافعي : يقضى لهم على المدعى عليه بالدية ^(٦) .

ولكن هذا خلاف الأحاديث المشهورة ، وإجماع الصحابة .

ثم إذا وجد القتل في دار رجل ، فالقسامة على رب الدار ، وعلى جيرانه إن كانوا عاقلته ، وإن لم يكونوا : فعلى عاقلته من أهل المصر ، وعليهم الدية ^(٧) - كذا ذكر محمد في «الأصل» ، ولم يذكر إذا كانت العاقلة غيباً ^(٨) .

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن القسامة عليه وعلى عاقلته ، غيبا كانوا أو حضورا ^(٩) .

(١) في هـ : « ارت » . وسيأتي معنى اللون فيما على من المتن .

(٢) في اوب وهـ : « في » .

(٣) في اوهـ : « يستحلفه » .

(٤) كذا في ب . وهـ من « ليست في هـ ا . وفي الأصل : « ثم يقضى المدعى عليه » .

(٥) في القوانين التقنية لابن جزى . (ص ٣٤٨) : « ... فيجب بها (أى بالقسامة) القصاص في السد والدية في الخطأ ، وفاقا لابن حنبل . وقال الشافعي وأبو حنيفة : إنما تجب بها الدية ولا يراق بها دم . وقال عمر بن عبد العزيز : لا يجب بها شيء » .

(٦) « إياه » من اوب وهـ . راجع الهامش السابق .

(٧) « الدية » من اوب وهـ . راجع فيما تقدم الهامش .

(٨) في ا : « غيباً » . وكلاما صحيح لئلا فنائب تجمع على « غيب » و « غيباً »

و « غيب » (المصباح) .

(٩) في هـ : « حضرا » .

وعلى قول أبي يوسف : لاقسامة على العاقلة^(١).
وذكر الكرخي : إن كانت العاقلة حاضرة^(٢) في المصر ، دخلوا
في القسامة . وإن كانت غائبة ، فالقسامة على صاحب الدار : يكرر
عليه الإيمان ، والدية عليه وعلى العاقلة^(٣).

ثم القسامة والدية على الأقرب فالأقرب من عاقلة^(٤) من وجد
فيهم القتل : فرب الدار وقومه أخص ، ثم أهل الحلة ، ثم أهل المصر .
وكذلك القبائل : الأقرب فالأقرب^(٥) . وإن كانت الحلة فيها من قبائل
شتى ، فإن الدية والقسامة على أهل الحطة . وليس على المشتري شيء عند
أبي حنيفة^(٦) ومحمد : لاقسامة ولا دية ، ما بقي واحد من أهل الحطة^(٧).
وعلى قول أبي يوسف : على أهل^(٨) الحطة والمشتريين جميعا . وقيل : إنما
أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة : فإن أهل الحطة هم الذين يدبرون
أمر الحلة . وأبو يوسف بنى على عادة أهل^(٩) زمانه : أن^(١٠) التدبير إلى

(١) في ١ : « عاقلة » . وفي ٢ : « عاقلة » .

(٢) كذا في أ وب و ٢ . وفي الأصل : « حاضرة » .

(٣) في أ و ٢ : « عاقلة » .

(٤) في ب : « عاقلة » .

(٥) « فالأقرب » من أ وب و ٢ .

(٦) في ١ : « وليس على المشتري شيء على قول أبي حنيفة .. » .

(٧) « وليس على المشتري ... الحطة » ليست في ٢ . وأهل الحطة هم من انتظم لهم

عند استيلاء المسلمين على الأرض (راجع المقرب) .

(٨) « أهل » ليست في ب .

(٩) « أهل » من أ و ٢ .

(١٠) « أن » من أ و ٢ .

الأشراف، من أهل الحطة^(١) كانوا أولاً . وأما إذا لم يكن في الحطة أحد ، من أهل الحطة ، وفيها ملاك وسكان : فمند أبي حنيفة ومحمد : على الملاك ، دون السكان .

وقال أبو يوسف : عليهم جميعا .

ولو وجد القتل في السوق : فمند أبي حنيفة ومحمد^(٢) : على أربابها . وعند أبي يوسف : على سكانها . وإن كانت السوق للعامة أو للسلطان : فالدية في^(٣) بيت المال .

ولو وجد في المسجد الجامع ، أو الجسور العامة ، أو النهر العام كدجلة والفرات ، فالدية في^(٤) بيت المال ، ولا قسامة على^(٥) أحد . فأما في^(٦) النهر الخاص ، الذي يقضى فيه^(٧) بالشفعة للشريك^(٨) : فعلى عاقلة أرباب النهر .

ولو وجد في السبخن، ولا يعرف^(٩) من قتله : فمند أبي حنيفة ومحمد :

(١) هم الذين يدرون ... أهل الحطة « ليست في ب . راجع الخامس ٧ ص ٢٠٤ .

(٢) في ب : « ولو وجد القتل في السوق : فمند أبي حنيفة ومحمد : على الملاك دون السكان .

وقال أبو يوسف عليهم جميعا . ولو وجد القتل في السوق : فمند أبي حنيفة ومحمد ... الخ » والظاهر أن التاسع في ب أعاد عجز العبارة السابقة وما يليها .

(٣) « فالدية في » من أ و ب و ح . وفي الأصل : « قى » .

(٤) في أ : « على » .

(٥) « على » ليست في ب و ح .

(٦) « في » ليست في أ و ب و ح .

(٧) « فيه » ليست في ب .

(٨) في أ و ح : « الشريك » .

(٩) في ب : « لا يعرف » . وفي أ و ح : « ولا يعلم » .

على بيت المال. وعند أبي يوسف : تجب القسامة ، والدية ، على أهل السجن .
 وإن وجد في السفينة : فالدية ^(١) ، والقسامة ، على من في السفينة ،
 ممن ركبها ، أو عدها ، من المالك وغيره . بخلاف الدار ^(٢) ، لأنها مما ^(٣)
 ينقل من موضع إلى موضع ، فيعتبر فيه اليد ^(٤) ، دون الملك .
 وكذلك العجلة أو الدابة : إذا وجد عليها قتل ، وممها رجل يحملها ^(٥)
 وهو قائد ، أو سائق ، أو راكب - فإنه يكون القسامة عليه .
 وإن اجتمع رجال : بعضهم قائد ، وبعضهم سائق . وبعضهم ^(٦) راكب -
 فيكون عليهم ، لأنه ^(٧) في أيديهم ، فصار كوجوده ^(٨) في دارهم .
 وإن وجد في فلاة من الأرض ينظر : إن كانت ^(٩) ملكا لإنسان :
 فالقسامة ، والدية ، على المالك ، وعلى قيلته . وإن كان ذلك الموضع
 لا مالك له ، وكان موضعا ^(١٠) يسمع فيه الصوت ، من مصر من الأمصار
 أو قرية من القرى ^(١١) فعليهم . وإن كان لا يسمع فيه الصوت ^(١٢) ،

(١) « فالدية » ليست في ب . وفي أ : « في سفينة والدية » .

(٢) في أ : « في السفينة : من فيها من الركاب والملاحين ، بخلاف الدار » .

(٣) « مما » ليست في ب وفيها : « لأنها تنقل » . وفي ج : « ممن » .

(٤) في ج : هكذا : « البر » .

(٥) في ب و أ : « يحمل » .

(٦) « بعضهم » من ب .

(٧) في ج : « لأنهم » .

(٨) في ج و أ : « كالوجود » .

(٩) أثناء من ب .

(١٠) كذا في أ و ج . وفي ب : « في موضع » .

(١١) « أو قرية من القرى » من أ . انظر الحاشي التالي .

(١٢) « من مصر ... لا يسمع فيه الصوت » ليست في ج و ب .

وليس بملك لأحد - فهو هدر ، لأنه لا يد^(١) لأحد عليه .
وكذلك في الدجلة والفرات - أراد في حق القسامة ، فأما الدية
< ف > في بيت المال إذا ظهر أو لياؤه .
فأما إذا وجد على شط^(٢) نهر عظيم ، مثل دجلة والفرات^(٣) ،
فملى أقرب القرى ، من ذلك الموضع ، من حيث يسمع الصوت ،
القسامة والدية .

ولو جد القتل^(٤) في عسكر في القلعة: فإن كانت ملكا ، فملى أرباب
القلعة ، وإن لم يكن لها مالك : < ف > إن وجد في خباء^(٥) أو فسطاط ،
فملى من يسكن الخباء والفسطاط ، وعلى عواقلهم ؛ وإن وجد خارجا من
الفسطاط والخباء ، فملى أقرب الأخية والفساطيط^(٦) .

وإن كان المسكر لقوا قتالا^(٧) فقاتلوا ، فلا قسامة ، ولا دية . في
قتيل وجد بين أظهرهم ، لأن الظاهر أنه قتل المدو .
ولو جد قتل في دار نفسه ، فديته على ورثته ، وعلى^(٨) عاقلتهم ،

(١) في او ح : « لا ولاية » .

(٢) كذا في او ب و ح . وفي الأصل : « شطر » .

(٣) كذا في او ب و ح . وفي الأصل : « فرات » .

(٤) في او ح : « قتل » .

(٥) الخباء الخيمة من الصوف (المغرب) .

(٦) كذا في ب و ا . وفي الأصل : « الفسطاط » . وفي ح : « الفسطاط » .

(٧) في او ح : « قتلا » .

(٨) « على » من او ح .

وتكون ميراثا لهم لو^(١) فضل من دينه^(٢) عند أبي حنيفة رضى الله عنه،
وعندهما: لاشئ فيه ، وهو هدر - وبه أخذ زفر . وروى أبو يوسف
عن أبي حنيفة ، مثله - لأن وجود القتل^(٣) في الدار ، بمنزلة مباشرة
القتل^(٤) من صاحبها ، فإذا وجد القتل في دار نفسه ، فيصير كأنه قتل
نفسه^(٥) . وأبو حنيفة يقول: إن المعتبر، في^(٦) القسامة والدية ، حال ظهور
القتل ، بدليل أن من مات قبل ذلك ، لا يدخل في الدية ، وحال ظهور
القتل^(٧) ، الدار للورثة ، فيكون عليهم وعلى عاقلتهم ، كمن^(٨) وجد
قتيلا في دار ابنه ، أو بئرا حفرها ابنه : أليس أن^(٩) القسامة والدية على ابنه
وعواقله^(١٠) ؟ - كذا هذا^(١١) .

ثم يثبت الميراث ، له ، بعد ما صار للمقتول ، حتى يقضى دينه^(١٢) ،
فإن^(١٣) فضل يكون للورثة ، بسبب القرابة - والله أعلم .

(١) في ا : « ولو » .

(٢) أي بعد التجهيز والديون والوصايا . انظر ما سيلي في المتن .

(٣) في ا و ح : « القتل » .

(٤) « القتل » ليست في ا و ح .

(٥) في ا : « بنفسه » .

(٦) في ح : « و » .

(٧) « القتل » ليست في ب .

(٨) في ب : « فن » .

(٩) « أن » ليست في ا و ح .

(١٠) في ح : « وعاقلته » وفي ا : « وعلى عاقلته » .

(١١) في ا و ح : « فكذا هذا » وليست في ب .

(١٢) كذا في ب . وفي الأصل : « دينه » وهذه الكلمة ليست في ا و ح .

(١٣) في ح : « فيها » .

هذا الذي ذكرنا إذا لم يدع الأ ولياء على رجل، بعينه، من أهل المحلة.
فأما إذا ادعوا^(١) على رجل بعينه : فالقسامة ، والدية ، بحالها^(٢) - في
جواب ظاهر الرواية .

وروى عبد الله بن المبارك^(٣) عن أبي حنيفة ومحمد : أنه يسقط .
وقال أبو يوسف : القياس^(٤) أنه يسقط ، وفي الاستحسان أنه
لا يسقط ، للأثر .

وجه ظاهر الرواية أن الظاهر أن القاتل أحد أهل المحلة ، والولى
هكذا^(٥) يدعى ، إلا أنه عين ، وهو متهم فى التمين ، فلا يعتبر .
فأما إذا ادعى الولى القتل^(٦) على رجل من غيرهم ، < ف > يكون
إبراء لهم عن القسامة ، والدية - لأنه نفى^(٧) القتل عنهم ، بدعواه
على غيرهم .

ولو شهد اثنان ، من أهل المحلة ، للولى ، بهذه الدعوى : لم تقبل
شهادتهما ، فى قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل - وإنما قال
أبو حنيفة هذا لأن أهل^(٨) المحلة صاروا خصما فى هذه الدعوى ، فلا

(١) كذا فى اوب و ح - وفى الأصل : « ادعى » .

(٢) كذا فى اوب و ح - وفى الأصل : « بحالها » .

(٣) راجع ترجمته فى المامق ٢ ص ٨٢ ، من الجزء الأول .

(٤) « القياس » من اوب و ح -

(٥) « هكذا » ليست فى ا و ح -

(٦) فى ا و ح : « بالقتل » .

(٧) فى ا : « بنفى » . وفى ح : « ينفى » وهو تصحيف .

(٨) كذا فى اوب و ح - وفى الأصل كذا : « لأهل » .

تقبل شهادتهم . وإن خرجوا عن الخصومة ، بالإبراء ، كالوكيل إذا
خاصم^(١) ثم عزل فشهد^(٢) : لا تقبل شهادته^(٣) - كذا هذا .
وكذا لو ادعى الأولياء ، القتل^(٤) ، على واحد من أهل المحلة ، بمينه ،
فشهد شاهدان من أهل المحلة عليه : لم تقبل شهادتهما ، بالاتفاق ، لأن
الخصومة قائمة عليهم ، بمد هذه الدعوى ، على ما بينا ، فتكون هذه
شهادة لأنفسهم^(٥) ، فلا تقبل^(٦) .

(١) في « : خصم » .

(٢) في « : وشهد » .

(٣) « شهادته » من « او » .

(٤) في « او » : « أولياء القتل » . وفي « كذا » : « كذا هذا - لو دعا الأولياء القتل » .

(٥) في « كذا » : « لا يقسم » .

(٦) زاد في « : والله تعالى أعلم بالصواب » .

كُتَابُ الْحُدُودِ

جمع^(١) في هذا^(٢) الكتاب بين حد الزنا وحد القذف ، وبين
التميز - فيحتاج إلى :
بيان سبب وجوب كل واحد منها^(٣) ،
وإلى بيان شرائط الوجوب ،
وإلى بيان كيفية الحد ، ومقداره^(٤) .

أما حد الزنا

فنوعان : الرجم ، والجلد مائة .
وسبب وجوبهما جميعا هو الزنا ، إلا أن لوجوب الرجم شرائط :
إذا وجد الكل يجب ، وإلا فيجب الجلد .
ولو أسقط^(٥) الجلد للشبهة^(٦) ، يجب العُقْر^(٧) ، إذ الزنا ، في دار
الإسلام ، لا يخلو عن عقوبة ، أو غرامة .

(١) في ١ : « قال رحمه الله : جمع » . ولكن في ٢ : « جميع » بدلا من « جمع » .
والظاهر لنا أن المقصود هو محمد بن الحسن الشيباني (راجع الكاساني ، ٧ : ٢٣ . والجامع
الصغير لحد ، ٦٤ - ٧٠ . والرسعي ، مبسوط ، ٩ : ٣٦) . وانظر فيها بدء المباحث ص ٢٣٣ .
(٢) « هذا » من ١ أو ٢ . والظاهر لنا أن المقصود « كتاب الحدود » - أي جمع محمد
في كتاب الحدود ... الخ - راجع المباحث السابق والمراجع المذكورة فيه .
(٣) في ١ أو ٢ : « منها » . (٤) في ١ أو ٢ : « الحدود ومقدارها » .
(٥) في ١ أو ٢ : « وإذا أسقط » . (٦) في ١ : « لشبهة » . انظر الصفحة التالية .
(٧) « العُقْر صدق المرأة فإذا وطئت بشبهة (المغرب) » .

فذكر :

الزنا الموجب للحد ،

وشرائط وجوب الرجم ،

وطريق ثبوته عند القاضى .

أما الزنا :

فهو : الوطء ، الحرام ، الحالى عن حقيقة الملك ، وحقيقة النكاح ، وعن شبهة الملك ، وعن شبهة النكاح ، وعن شبهة الاشتباه أيضا .

أما الوطء ففعل معلوم ، وهو إيلاج فرج الرجل فى ^(١) فرج المرأة . وإنما شرطنا كونه حراما فإن وطء المحنون ووطء الصبي العاقل ، لا يكون زنا ، لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة .

وكذلك الوطء فى الملك والنكاح ، وإن كان حراما ، لا يكون زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، ووطء الجارية المجوسية ، والأخت من الرضاع ، والجارية المشتركة ، ونحوه .

وقوله اعلى من شبهة الملك ، فإن وطئ جارية ابنه ، وجارية مكاتبه ، وجارية عبده المأذون المديون ^(٢) ، والجارية من المنم ^(٣) فى دار الحرب ، أو بعد الإحراز قبل القسمة ^(٤) ، >فليس بزنا ، فإن شبهة الملك ، وهو

(١) « فى » من ا و ب . وليست فى الأصل . وفى « : إلى » .

(٢) فى ب : « والمديون » .

(٣) « من المنم » ليست فى ا و ب .

(٤) « قبل القسمة » من « و ا » .

الملك من وجه ، ثابت في هذه المواضع ^(١) ، حتى لا يجب الحد ، وإن قال : « علمت أنها على ^(٢) حرام » .

وقولنا عن ^(٣) شبهة العقد ، فإن وطء امرأة زوجها ^(٤) بغير شهود ، أو أمة تزوجت ^(٥) بغير إذن مولاهما ، أو عبد ^(٦) تزوج بغير إذن مولاه - لا يكون زنا .

وكذا من تزوج أمة على حرة ، أو تزوج مجوسية ، أو خمسا في عقد ^(٧) ، أو جمع بين أختين ، أو تزوج من ^(٨) محارمه - فوطئها ، وقال : « علمت أنها على حرام » : لاحد عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب الحد في كل وطء ، حرام على التأيد : فوجود الزوج ^(٩) فيه لا يوجب شبهة ، وما ليس بحرام على التأيد ^(١٠) ، فالعقد ^(١١) يوجب شبهة ، كالنكاح بغير شهود ونحوه - والمسألة معروفة ^(١٢) .

(١) في ب : « في هذا الموضع » . وفي أ : « فإن شبهة الملك موجود والملك ثابت من وجه في هذه المواضع » .

(٢) « على » من أ و ح .

(٣) « عن » من أ و ح .

(٤) في ح كرر : « امرأة » قتها : « امرأة زوجها امرأة » .

(٥) في أ و ح : « زوجها » .

(٦) في أ و ح : « البعد » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل « أ » : « في عدة » . وفي ح : « بقعة » .

(٨) « من » من أ و ح . وفي ب : « تزوج بمجارية » .

(٩) « التزوج » ليست في أ و ح . وفي ب : « التزوج منه » .

(١٠) في أ : « على التأيد لا يجب الحد » . وانظر الهامش بعد التالي .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل : « والعقد » . وانظر الهامش التالي .

(١٢) « فالعقد ... معروفة » ليست في أ و ح .

وأما شبهة الاشتباه - وهي ^(١) أنه إذا وطئ « فقلت أنها تحل لي » - لا يجب الحد . وإذا قال « علمت أنها على ^(٢) حرام » - فإنه يحمد . وجملة هذا أن دعوى الاشتباه معتبرة في سبع ^(٣) مواضع : جارية الآب ، وجارية الأم ، وجارية الزوجة ، و ^(٤) المطلقة ثلاثاً ، مادامت في العدة ^(٥) ، وأم الولد مادامت تمتد ^(٦) منه ، والعبد إذا وطئ جارية مولاه ، والجارية المرهونة في رواية كتاب الرهن . وفي أربع ^(٧) مواضع لا يحمد ، وإن قال « علمت أنها على ^(٨) حرام » : جارية الابن وإن سفل ^(٩) ، والجارية الميعة ^(١٠) إذا وطئها البائع قبل القبض ، والجارية المتزوج ^(١١) عليها إذا كانت في يد الزوج ، والمطلقة طلاقاً بائناً ، والجارية بين الشريكين .

وفيما سوى ما ذكرنا يجب الحد ، ولا يعتبر شبهة الاشتباه . ومن وجد على فراشه ، أو في ^(١٢) بيته ، امرأة فوطئها ، وقال « فقلت أنها جاريتي » أو « امرأتي » - يحمد ، لأنه لا يحل له الوطء مع الاشتباه .

(١) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « وهو » .

(٢) في أ وب و ح : « وقال » .

(٣) « على » ليست في ب .

(٤) « و » ليست في ب .

(٥) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « في البعد » .

(٦) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « تمتد » .

(٧) « على » ليست في ب .

(٨) كذا في أ وب . وفي الأصل و ح : « سفلوا » .

(٩) « الميعة » ليست في أ و ح .

(١٠) كذا في ب . وفي الأصل : « المتزوجة » . وفي أ و ح : كذا : « المتزوج عليها » .

(١١) « في » ليست في ح .

فأما الاعمى إذا وجد على فراشه امرأة، فوطئها، فكذلك الجواب عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال زفر : لا يجب عليه ^(١) الحد ، كما فى المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها ^(٢) . وقال محمد : إذا دعا ^(٣) الزوج ^(٤) الاعمى امرأته ، فأجابته امرأة ^(٥) فقالت ^(٦) « أنا » ^(٧) فلاته امرأتك - فوطئها ، لاحد عليه . فأما إذا أجابته ولم تنقل « أنا » ^(٨) فلاته - يجب الحد ، لأنه ^(٩) فى وسعه ^(١٠) أن يتفحص أكثر من هذا ، فلا يصير شبهة ، فيجب الحد .

وأما شرائط ^(١١) وجوب الرجم :

<ف> أن يكونا محصنين .

والإحصان عندنا عبارة عن استجماع سبعة أشياء : البلوغ ، والعقل ، والإسلام ، والحرية ، والتكاح الصحيح ، والدخول على وجه يوجب النسل ، من غير إزال ^(١٢) ، وهما على ^(١٣) صفة الإحصان ^(١٤) .

(١) « عليه » من أ و ح .

(٢) « زوجها » ليست فى ح . « ولى أ : « لى يته » .

(٣) فى ح و ب : « ادعى » .

(٤) « الزوج » ليست فى أ و ح .

(٥) « و (٦) فى ح و أ : « امرأة أخرى وقالت » . « ولى ب : « وقالت » .

(٧) « أنا » ليست فى ح .

(٨) « أنا » ليست فى ح .

(٩) فى ب : « لأن » .

(١٠) كذا فى أ و ب و ح . « وفى الأصل كذا : « لأنه من وسية » .

(١١) فى أ : « شرط » . « ولى ح : « شروط » .

(١٢) « المتبر لبلع الحشفة بحيث يجب عليه النسل ولا يشترط الإزال » الزيلى ،

٣ : ١٧٢ . وانظر ح ٦ ص ٤٧ من التحفة .

(١٣) « وهما على » ليست فى ح . انظر المامنى التالى .

(١٤) « وهما على صفة الإحصان » ليست فى أ - أى يشترط إحصانها حالة الدخول

الزيلى ، ٣ : ١٧٢ .

وروى عن أبي يوسف أن الأسيلا لم يس بشرط - وهو قول الشافعي .
وكذا روى عنه : أنه لا يمتد الدخول بها و^(١)ها على صفة الإحصان -
حتى قال : إن المسلم إذا وطئ الكافرة صار بها محصنا .
وإذا وجد الوطء قبل الحرية ، ثم أعتقا ، صارا محصنين بالوطء المتقدم -
والمسألة معروفة .

فإذا فات شرط من شرائط الإحصان ، يجب الجلد لا الرجم^(٢) ،
لقوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة »^(٣) .

ولا يجمع بين الجلد والرجم ، بالاتفاق .
واختلفوا في الجمع بين الجلد والتغريب^(٤) : فقال^(٥) أصحابنا رحمهم الله :
لا يجمع . وقال الشافعي : يجمع - والمسألة معروفة .
فأما طريقين يورث عند القاضي :

فشيئان : البينة ، والأقرار .

أما مشاهدة القاضي الزنا ، في حالة^(٦) القضاء أو قبل القضاء . فلا^(٧)

(١) الراوي من أ و ب و ح .

(٢) الجلد لا الرجم « من أ . و ب ح » : الجلد « فقط . وفي الأصل : « الجلد » .

وفي ب تنبيه أن تكون « الجلد » .

(٣) النور : ٢ والآية « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، ولا تأخذكم

بها رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابها طاعة من المؤمنين » .

(٤) في أ و ح : « والتغريب » .

(٥) إمام من ب .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « في الزنا حالة » .

(٧) إمام من ب .

يعتبر في حق الحدود، بالإجماع، وإن كان بين العلماء اختلاف في غيرها^(١) من الأحكام.

أما البيئة - فشهادة أربعة رجال، عدول، أحرار، مسلمين، على الزنا. ولا تقبل فيها شهادة النساء^(٢)، مع الرجال^(٣)، بلا خلاف. وأما الإحصان : فيثبت^(٤) بشهادة الرجال مع النساء^(٥)، عندنا - خلافاً لزفر.

وأما الإقرار - فهو^(٦) أن يقر^(٧) المقر^(٨)، أربع مرات، بالزنا، عند الإمام، في أربعة^(٩) مواطن، عندنا - خلافاً للشافعي. وينبغي للإمام، إذا جاءه الرجل وأقر بالزنا، أن يزجره عن^(١٠) الإقرار، ويظهر الكراهية^(١١) من ذلك، ويأمر بشيئته عن المجلس^(١٢) - فإن عاد ثانياً، فقل به مثل ذلك^(١٣). وإن عاد ثالثاً^(١٤)، فقل به

-
- (١) في أو ح : « في غيرها » .
 (٢) في اسقطت اتون من « النساء » حتى بدت مع ما بعدها هكذا : « السامع الرجال » .
 (٣) « الرجال » ساقطة من ح .
 (٤) كذا في أو ب وح . وفي الأصل : « أما الإحصان يثبت » .
 (٥) في أو ب وح : « النساء مع الرجال » .
 (٦) « فهو » من أو ح . وفي ب : « وهو » .
 (٧) في أو ح : « أن يقول أو يقر » .
 (٨) « المقر » ليست في أ .
 (٩) كذا في ب . وفي الأصل و أ وح : « في أربع » .
 (١٠) في ب : « عل » .
 (١١) في أ : « الكراهية » - وتقلب ذلك في ب .
 (١٢) في أو ب وح : « مجلس » .
 (١٣) في أ : « مثل ما فعل ذلك » .
 (١٤) في ح : « بالثالث » . وانظر المامني بعد الثالث .

مثل ^(١) ذلك ^(٢) .

فإذا أقر ، أربع مرات ، نظر في حاله : هل هو صحيح العقل ، وأنه ممن يجوز إقراره ^(٣) على نفسه ؟ فإذا عرف ذلك ، سأله عن الزنا : ما هو ؟ وكيف زنى ^(٤) ؟ وبمن زنى ؟ ومتى زنى ^(٥) ؟ وأين زنى ؟ لاحتلال ^(٦) الشبهة في ذلك .

فإذا بين ذلك ، سأله : هل هو محصن ؟ فإن قال : هو محصن ، سأله عن الإحصان : ما هو ؟ فإن فسره ، ووصفه بشرائطه ^(٧) : حكم عليه بالرجم ، وأمر بإقامته عليه .

ويعتبر اختلاف مجلس المقر ، لا اختلاف مجلس القاضي ، حتى إن القاضي إذا كان في مجلسه ، فأقر الزاني أربع مرات ، في أربه < ٤ > مجالس من مجالس المقر ^(٨) ، يقام عليه الحد ، سواء تقدم العهد ^(٩) أو لا ^(١٠) . وإنما يعتبر التقدم مانعاً في ^(١١) الشهادة : إذا شهدوا ^(١٢) بعد تقدم العهد :

(١) « مثل » من أ و ح . وانظر الهامش التالي .

(٢) « فإن عاد ثانياً ... ذلك » ليست في ب .

(٣) في ب : « الإقرار » .

(٤) في ب : « وكيف هو » .

(٥) « ومتى زنى » من ب .

(٦) في أ و ب و ح : « لاحتلال » .

(٧) الماء من أ و ب و ح .

(٨) « من مجالس المقر » من أ و ح .

(٩) في أ و ح : « الحد » .

(١٠) في ح : « أم إلا » . وفي أ : « أم لا » .

(١١) في أ و ب و ح : « من » .

(١٢) في ح : « فإذا شهد » . وفي أ : « إذا شهد » .

لا تقبل - لأجل التهمة ، ولا تهمة في الإقرار .

ولو أقر ، بالزنا ، عند غير الإمام ، أو ^(١) عند من ليس له ولاية إقامة الحد ، أربع مرات - فإنه ^(٢) لا يعتبر ، حتى إنه ^(٣) لو شهد الشهود ، على إقراره ، أربع مرات ، في مجالس مختلفة ، في حضرة من ليس له ولاية إقامة الحد - فالقاضي لا يقبل هذه الشهادة ^(٤) ، لأن الزاني ، إن كان منكراً ^(٥) ، فقد رجع عن الإقرار ، وإن كان مقراً ، فلا ^(٦) عبرة لشهادة ^(٧) مع الإقرار .

ولو أنه إذا أقر أربع مرات ، عند القاضي ، ثم رجع ، بعد الحكم بالرجم ، أو قبله ، أو رجع ، بعدما رجم ، قبل الموت إن كان محصناً ، أو بعد ما ضرب بعض الجلد إذا لم يكن محصناً ، أو ^(٨) هرب ، فإنه يدرأ الحد عنه ، لأن النبي عليه السلام لقن ماعزاً ^(٩) ، الرجوع ، حين أقر بين يديه بالزنا : « لملك مستها ! لملك قبلتها ! » فلو ^(١٠) لم يصح الرجوع ، لم يكن لهذا التلقين فائدة .

(١) الممنعة من أ .

(٢) « فإنه » ليست في أ و ح .

(٣) « أنه » من أ . وفي ح : « حتى إن » .

(٤) « الشهادة » ليست في أ .

(٥) في أ : « لأن الزاني إذا أنكر » . وفي ح : « لأن الزاني أنكر » .

(٦) في ح : « ولا » .

(٧) في ب : « الشهادة » . وفي ح : « الشهادة » . وفي أ : « لهذه الشهادة » .

(٨) في ح : « و » .

(٩) هو ماعز بن مالك الأسدي الصحابي المتوفى بالزنا المرجوم ، وهو معذور في الدين . وكتب له رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاباً بإسلام قومه . وروى عنه ابنه عبد الله حديثاً واحداً رجه الله (التتوي ، التهذيب) .

(١٠) القاء ، من أ و ح . وفي ب : « أو » .

ثم إذا ثبت وجوب الرجم ، بالشهادة ، فالقاضي يأمر الشهود أولاً بالرجم ، فإذا رجحوا^(١) ، رجم الإمام بعدهم ، ثم الناس .
وقال الشافعي : البِدْءُ^(٢) بالشهود^(٣) ليس بشرط .
فإن امتنع الشهود أو بعضهم عن الرجم سقط الرجم^(٤) في قول أبي حنيفة ومحمد^(٥) ، وفي^(٦) إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، لأن امتناعهم عن الرجم أورد^(٧) شبهة الكذب في شهادتهم .
وفي الجلد لا يؤمر الشهود به^(٨) ، لأن كل واحد لا يعرف الجلد على وجهه .

ولو جن الشهود أو خرسوا ، أو عموا ، أو ارتدوا ، أو ماتوا - سقط الحد ، لما قلنا .

• • •

ثم ينصب^(٩) الرجل قائماً ، ولا يربط بشيء ، ولا يحفر له حفيرة^(١٠) ،

(١) في أ و ح : « رجوه » .

(٢) في الأصل و ب : « البداية » وقد قدمنا (ح ١ ص ١٧ هامش ٩) أن « البداية » خطأ والصحيح « البِدْء » . وفي ح : « البداية في الرجم » . وفي أ : « البداية من الرجم » .

(٣) كذا في أ و ب . وفي ح : « بالشهادة » . وفي الأصل : « بالإمام » .

(٤) في أ : « فإن امتنع الشهود عن البداية بالرجم أو بعضهم سقط الرجم » . وفي ح مثل ما في أ .

إلا أنه في ح قال : « وبعضهم سقط الرجم » .

(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « عندهما » .

(٦) « في » من أ و ح .

(٧) في ح سقطت الراء .

(٨) في أ و ح : « بالبداية » .

(٩) في أ و ح : « يحد » .

(١٠) في ب : « حفرة » .

لأنه ربما تغير ، فيكون دلالة الرجوع . وفي المرأة يحفر لها حفيرة ، للستر ، وفي رواية : لا بأس بترك الحفر ^(١) .

فأما في الجلد فإنه يقام الرجل ^(٢) ، وتضرب ^(٣) المرأة قاعدة ، وينزع عن ^(٤) الرجل ثيابه ، إلا الإزار ^(٥) في الزاني ^(٦) ، وفي التمزير ، ولا ينزع في القاذف ^(٧) إلا القرو والحشو ، وفي الشارب ^(٨) روايتان ، وأشهرهما أنه يجرّد .

فالخاصل أن أشد الضرب هو التمزير ، ثم الجلد في الزنا ، ثم في الشرب ، ثم في القذف .

وفي المرأة لا ينزع الثياب ، إلا القرو والحشو ، لأن كشف ^(٩) العورة حرام ، والزجر واجب ^(١٠) .

ويضرب الحد في الأعضاء كلها متفرقا ^(١١) إلا في ^(١٢) العضو الذي

(١) في ب : الحفرة . وفي ا و ح : الحفيرة .

(٢) في ا و ح : فإنه يجلد الرجل قائما .

(٣) « وتضرب » ليست في ا و ح .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٥) في ح : الإزار .

(٦) في ا و ح : « في الزنا » .

(٧) في ا و ح : « في القذف » .

(٨) في ا : « وفي حد الخمر » .

(٩) « ثم في التبريد ... كشف » ليست في ا و ح .

(١٠) في تحريف : « ثم الستر حرام والآخر واجب » .

(١١) « متفرقا » ليست في ا و ح .

(١٢) « في » ليست في ا و ح .

هو مقتل^(١)، وهو^(٢) الرأس والوجه والصدر والبطن والمذاكير^(٣) - وهذا في حق الصحيح .

فأما المريض فلا <يجلد>^(٤) حتى يبرأ . وكذا الحامل حتى تضع حملها^(٥)، وتخرج عن النفاس ، لأن النفاس مرض ، بخلاف الحيض . فأما الرجم فيقام^(٦) في الأحوال كلها ، إلا في الحامل ، لأنه لاجتابة من الجمل .

ولا تقام الحدود في المسجد^(٧)، وإنما تقام في موضع يشاهده^(٨) الإمام ، أو يبيت أمينه حتى يقام بين يديه . وإذا مات المرجوم، يدفع إلى أهله حتى يفسلوه ، ويكفوه ، ويصلوا عليه - هكذا قال النبي^(٩) عليه السلام في ما عز^(١٠): «اصنعوا^(١١) به ما تصنعون بموتاكم» .

(١) كذا في ا و ب و ج . وفي الأصل : «مقتل» .

(٢) في ب : «وفي» .

(٣) في المغرب : «قطع مذاكيره إذا استأصل ذكره» - وإنما جمع على ما حوله كتولم شابت مفارق رأسه» .

(٤) في الأصل و ا و ب و ج : «فلا يجلد» . والصحيح «فلا يجلد» - وفي الكنز : «والمريض يرمم ولا يجلد حتى يبرأ» (انظر الزيلعي ، ٣ : ١٧٤) - وانظر ما سيلي في المتن .

(٥) «حملها» من ا و ج .

(٦) انشاء من ب .

(٧) كذا في ا و ب و ج . وفي الأصل : «في المجلس» .

(٨) في ب : «يشاهده» . وفي ا و ج : «بشهادة» .

(٩) «النبي» من ا و ج .

(١٠) راجع فيما تقدم المأمور ٩ ص ٢١٩ .

(١١) في ج : «صنعوا» .

وأما حد القذف

فيحتاج إلى :

بيان^(١) كيفيته ، وبيان مقداره ،

وإلى تفسير القذف الموجب للحد ،

وإلى بيان شرائطه ،

وإلى بيان أحكامه .

أما الأول :

فحد القذف مقدر بثمانين^(٢) سوطا ، لقوله تعالى : « فاجلدوهم ثمانين
جلدة »^(٣) .

وأما تغيير القذف :

فهو^(٤) نوعان :

أحدهما - أن يقذفه بصريح الزنا ، الخالي عن شبهة الزنا^(٥) الذي^(٦) لو
أقام^(٧) عليه أربعة من الشهود أو^(٨) أقربه^(٩) المقتدوف^(١٠) - يجب عليه

(١) « بيان » من أ ب و ح .

(٢) في أ : « مقدر وهو ثمانون » . وفي ب : « مقدار ثمانين » .

(٣) النور : « والآية : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون » .

(٤) « فهو » ليست في أ و ح .

(٥) في أ ب و ح : « عن الشبهة » . راجع فيما تقدم ص ٢١٢ وما بعدها .

(٦) « الذي » من أ و ح . وفي ب : « التي » .

(٧) في أ و ح : « أقام » .

(٨) المحزنة من أ و ح .

(٩) « به » ليست في ب .

(١٠) في أ و ح : « مقتر » .

حد الزنا . فإذا عجز القاذف عن إثباته بالحجة^(١) ، فينمقد^(٢) سبياً لوجوب^(٣) حد القذف .

والثاني - أن ينفي^(٤) نسب إنسان ، من^(٥) أيه المعروف ، فيقول « لست بـابن فلان »^(٦) أو « هو ليس بأبيك » فهو قاذف لأمه ، كأنه قال : « أمك زانية » أو « زنت أمك » .

ولو قال : « يا ابن الزاني » أو « يا ابن الزانية » - يكون قاذفاً .
ولو قال : « لست^(٧) لأملك » لا يكون قذفاً^(٨) و^(٩) .

ولو قال « أنت ابن فلان » لعمه ، أو خاله ، أو لزوج أمه ، في غير حال الغضب - لا يكون قذفاً^(١٠) ، لأنه ينسب إليه في^(١١) العرف .
وإن كان في حال الغضب ، على سبيل^(١٢) الشتم ، يكون قذفاً .

ولو قال لرجل « يا زانية » - لا يجب الحد^(١٣) عند أبي حنيفة وأبي

(١) في أو - : « من إقامة الحجة » .

(٢) الفاء من ب .

(٣) في أ : « لوجود » .

(٤) في - : « ينفي » .

(٥) في أو - : « عن » .

(٦) في أو - : « يا ابن فلان » - « لست » ليست فيها .

(٧) في - : « لست » .

(٨) في - : « قاذفاً » .

(٩) « ولو قال : لست ... قلنا » ليست في أ .

(١٠) « ولو قال ... قلنا » ليست في - . وفي ب و - : « لا يكون قاذفاً » .

(١١) في أو - : « لأنه قد ينسب في العرف » .

(١٢) في أو ب و - : « على طريق » .

(١٣) في أو - : « لا يجب » .

يوسف ، خلافاً لمحمد^(١) .

ولو قال لامرأته « يا زاني » - يحد ، بالاجماع .

ولو قال « يا زاني » بالهمزة ، وعنى به الصمود - يحد ، لأن العامة

لا تعرف هذا .

ولو قال « زنا في الجبل » وعنى به الصمود : < ف > عند أبي حنيفة

وأبي يوسف : يحد ، لما قلنا - خلافاً لمحمد .

ولو قال « زنا على الجبل » - يحد ، بالاجماع ، لأنه لا يستعمل

لفظه^(٢) على الصمود .

وأما الشرائط :

فشرط وجوب الحد أن يكون المذنوب محصناً .

وشرائط إحصان حد القذف خمسة : العقل ، والبلوغ ، والحرية ،

والإسلام ، والمعة عن الزنا .

وأما شرط^(٣) ظهور حد القذف ، عند القاضي ، بالينة أو بالاجماع -

< ف > هو خصومة^(٤) المذنوب ، ومطالبته ، وحضرته^(٥) عند الإقامة ،

لأن فيه حق المبد ، وحق المبد لا يثبت إلا بمطالبته وخصومته .

(١) « عند أبي حنيفة ... لمحمد » ليست في أ و ح .

(٢) كذا في ب . وفي أ : « لا تستعمل لفظة » . وفي الأمل : « تلفظه » . وفي ح : «

لا تستعمل بلفظه » .

(٣) في ب و ح : « شرائط » .

(٤) في ح : « خصومة » . وفي أ : « وخصومة » .

(٥) في أ و ح : « مطالبته وخصومته » .

لَمْ حَقَّ الْعَصُومَةُ وَالطَّلِبُ ، الْمَقْذُوفُ ، إِذَا كَانَ حَيًّا ، سِوَاهُ كَانَ حَاضِرًا
أَوْ غَائِبًا ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ حَقَّ الْحَصُومَةِ ^(١) إِلَّا بِإِثَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ .
وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ ^(٢) : لَا تَصِحُّ وَكَالَةٌ فِي حَدٍّ وَلَا قِصَاصٌ ^(٣) .

وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْوَكَالَةُ فِي اسْتِيفَاءِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، وَضَوَائِجُهَا
أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ ^(٤) حَضْرَةِ الْمَقْذُوفِ ، وَحَضْرَةِ وَلِيِّ الْقِصَاصِ - لِلْاسْتِيفَاءِ ^(٥) .
فَأَمَّا إِذَا حَضَرَ ^(٦) : فَقِي حَدَّ الْقَذْفِ : الْاسْتِيفَاءُ ^(٧) إِلَى الْإِمَامِ ، وَفِي الْقِصَاصِ :
إِلَى الْوَلِيِّ . لَكِنْ إِذَا وَكَّلَ إِنْسَانًا ^(٨) بِالْاسْتِيفَاءِ ، بَيْنَ يَدَيْهِ ، لِمَجْزِهِ
وَضَمَّ قَلْبَهُ - جَازٌ ، بِالْإِجْمَاعِ .

وَلَوْ أَنَّهُ طَلَبَ الْمَقْذُوفَ الْحَدَّ ، وَخَاصِمٌ ، بَيْنَ ^(٩) يَدَيِ الْقَاضِي ، وَحَكَمَ
الْقَاضِي بِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، أَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ ، أَوْ مَاتَ بَعْدَ مَا ضَرَبَ
بَعْضُ الْحَدِّ - بَطُلَ الْحَدُّ وَبَطُلَ مَا بَقِيَ ، وَإِنْ كَانَ سَوْطًا وَاحِدًا ، وَلَا تَبْطُلُ
شَهَادَةُ الْمَقْذُوفِ - وَهَذَا عِنْدَنَا .

وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ : يَقُومُ الْوَارِثُ مَقَامَهُ ، فِي الْحَصُومَةِ ، وَالْحَضْرَةِ .

(١) « وَالطَّلِبُ الْمَقْذُوفُ ... حَقُّ الْحَصُومَةِ » لَيْسَتْ فِي هـ .

(٢) فِي أَوْ بَوْ هـ : « وَقَالَ أَبُو يُونُسَ » .

(٣) زَادَ هُنَا فِي ب : « وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ وَكَالَةٌ فِي حَدٍّ وَلَا قِصَاصٌ » - وَالظَّاهِرُ - حُصُولُ
تَكَرُّارٍ مِنْ التَّنَاسُخِ : انْظُرْ مَا بَالِي فِي التَّنْ .

(٤) كَذَا فِي أَوْ بَوْ هـ . وَفِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

(٥) « لِلْاسْتِيفَاءِ » لَيْسَتْ فِي أَوْ بَوْ هـ .

(٦) كَذَا فِي ب . وَفِي الْأَصْلِ : « حَضَرُوا » . وَفِي أَوْ هـ : « حَضَرَ » .

(٧) كَذَا فِي أَوْ بَوْ هـ . وَفِي الْأَصْلِ : « فِي حَدِّ الْقَذْفِ فَالْاسْتِيفَاءُ » .

(٨) « إِنْسَانًا » لَيْسَتْ فِي هـ .

(٩) فِي أَوْ هـ : « فَلَوْ أَنَّهُ إِذَا طَالَبَ الْمَقْذُوفَ الْحَدَّ وَجَاءُوا بِهِ بَيْنَ » . وَفِي ب : « فَلَوْ » .

أَنَّهُ إِذَا طَالَبَ الْمَقْذُوفَ بِالْحَدِّ وَخَاصِمٌ بَيْنَ » .

- ٢٢٧ -

فالحاصل أن المقلب في حد القذف حق الله تعالى عندنا^(١) . وعنده :
المقلب^(٢) حق العبد - فلا يورث عندنا ، خلافا له .
وعلى هذا : لا يصح الصلح ، والمفو من المقدوف ، عندنا - خلافا له ،
والمسألة معروفة^(٣) .

هذا إذا قذفه في حال الحياة^(٤) . فأما إذا قذفه ، بعد الموت ، بالزنا ،
فإن حق الخصومة فيه للوالد وإن علا^(٥) ، وللولد وإن سفل^(٦) ، ولاحق
للأخ ، والمم ، والمولى - وهذا قول^(٧) أبي حنيفة وأبي يوسف حتى يدخل
فيه أولاد البنات عندهما ، وعند محمد : لا يدخل إلا من يرث بالمصوبة .

وأما بيان الموطأ - فنقول < :

إذا رفع المقدوف الأمر إلى القاضي ، والقذف صحيح ، فلا يخلو :
إما أن ينكر القاذف ، أو يقر^(٨) .

فإن أنكر ، وطلب المقدوف^(٩) من القاضي أن يوجهه حتى يقيم اليانة ،
وادعى أن له ينة ، حاضرة ، في المصر^(١٠) - فإنه يوجه^(١١) إلى أن يقوم من

(١) « عندنا » من ب .

(٢) « المقلب » ليست في أ و ح .

(٣) « من المقدوف ... معروفة » ليست في ب .

(٤) « هذا ... الحياة » ليست في أ و ح .

(٥) « ب » : « للوالدين وإن علوا » .

(٦) « ب » : « وسفلوا » .

(٧) « ب » : « عند » . وفي الأصل : « قولها » .

(٨) « في » : « أو » : « يخلف » .

(٩) « المقدوف » ليست في ب .

(١٠) انظر فيها بئديس ٢٢٩ - ٢٣٠ .

(١١) « في » ح سقطت عبارة : « حتى يقيم اليانة ... يوجه » . وفي هنا تكرار .

المجلس ، ويحبس المدعى عليه القذف ^(١) ، فإن أقامها ، إلى آخر المجلس ، وإلا خلى سبيله ، ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه . وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يأخذ ^(٢) منه كفيلا بنفسه ^(٣) ، حتى يحضر الشهود ، ولا يحبس . وعن محمد أنه قال : أكفله ، ثلاثة أيام ، ولا أحبس . فإن أقام شاهدا ، واحدا ، عدلا ، فإنه يحبس حتى يحضر الشاهد الآخر ، وإن أقام شاهدا غير عدل ، فإنه ^(٤) يؤجله إلى آخر المجلس . وإن قال المقذوف « بينتي خارج المصر » أو « غائبون » : فإن القاضي يحل سبيل القاذف ، على ما ذكرنا .

وإن أقام رجلا ^(٥) وامرأتين ، أو الشهادة على الشهادة ، أو كتاب القاضي في إثبات القذف - فلا ^(٦) يقبل ، لأن الذكورة شرط في الحد ^(٧) . ولو أقام القاذف رجلا وامرأتين ، على أن المقذوف ^(٨) صدقه في قذفه له ^(٩) ، يقبل ^(١٠) ، لأنها قامت على درء الحد ^(١١) . وإن طلب المقذوف ، من القاضي ، أن يستحاف القاذف - فإنه

(١) في أو ح : « بالقذف » . « والمراد من الحبس الملازمة أي يقال للمدعي : لازمك إلى هذا الوقت » الكاساني ، ٧ : ٥٣ : ٥ .
(٢) كذا في أو ب و ح . وفي الأصل : « يؤخذ » .
(٣) « بنفسه » ليست في ب .
(٤) « فله » من أو ح .
(٥) كذا في أو ح . وفي الأصل و ب : « رجل » .
(٦) الفاء من أ .
(٧) في أ : « في الحدود » .
(٨) « فلا يقبل ... المقذوف » ليست في ب .
(٩) « له » من أو ب و ح .
(١٠) في ب : « ويقبل » . وفي ح : « يقبل » .
(١١) في أو ح : « على ذلك الحد » .

لا يحلفه عندنا ، خلافاً للشافعي ، بناءً على^(١) أن حد القذف حق العباد^(٢) عنده .

فإذا أقام البينة على القذف ، أو^(٣) أقر القاذف - فإن القاضي يقول للقاذف « أقم البينة على صحة قولك »^(٤) :
فإن أقام أربعة من الشهود ، على معانة الزنا ، أو على إقراره بالزنا ، على الوجه الذي ذكرنا - يقيم حد الزنا ، على المقذوف ، ولا يقيم حد القذف على القاذف ، لأنه ظهر أنه صادق في مقالته .

فإن عجز عن إقامة البينة للحال ، وقال للقاضي « أجلى حتى أحضر »^(٥) البينة ، ولى بينة^(٦) في المصير^(٧) ، فإنه يوجهه إلى قيام المجلس : فإن أقام البينة إلى^(٨) آخر المجلس ، وإلا أقام^(٩) عليه حد القذف ، ولا يأخذ منه كفيلاً ، حتى يذهب ، فيطلب شهوده ، ولكن يحبس^(١٠) ،

(١) في ح : « للشافعي ما على » .

(٢) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « النير » . راجع فيما تقدم ص ٢٢٧ .

(٣) في ا و ح : « و » .

(٤) في اوب و ح : « على صحة قولك » .

(٥) في ب : « أقيم » .

(٦) في ح : « والبينة » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ٢٢٧ وما بعدها .

(٨) « قيام المجلس فإن أقام البينة لى » ليست في ح و ا . أما في ب فليس فيها عبارة

« فإن أقام البينة لى آخر المجلس » .

(٩) في ا : « ولا يقيم » . راجع الهامش السابق .

(١٠) « المراد من المجلس الملازمة أى يقال للدمى : لازمه إلى هذا الوقت » - الكاساني ،

٧ : ٥٣ : ٥٥ . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٢٨ .

ويقول له « ابث إلى شهودك ». وعلى قول أبي يوسف ^(١) : يؤجل ^(٢) إلى المجلس الثاني .

وعن محمد أنه قال ^(٣) : إن لم يجد أحدا يبعثه ^(٤) إلى الشهود ^(٥) ، أتركه حتى يذهب ، ويحضر الشهود ، وأبث ^(٦) معه شرطاً ^(٧) حتى يحفظوه ، ولا أدعه حتى يفر ^(٨) : فإن عجز ، أقيم ^(٩) عليه الحد .

فإن ضرب بعض الحد ، فحضر الشهود ، وشهدوا - بطل الحد الباقي ، وأقبل شهادتهم .

وإن شهدوا بعد إقامة الحد ، على صدق مقالته - تقبل ^(١٠) شهادتهم ، ويظهر ^(١١) في حق الشهادة ، حتى ^(١٢) لا يرد شهادته بعد ذلك ^(١٣) .

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الثاني » . وفي الكاساني (٢٦ : ٥٣ : ١٧) وما بعده « أنه قول أبي يوسف وعمد وأن هناك رواية أخرى عن عمده وهي التي سترد في المتن بعد قليل .

(٢) في ا و ح : « يؤجله » .

(٣) « قال » ليست في ا و ب و ح .

(٤) الهاء من ا و ب و ح .

(٥) في ا و ح : « شهوده » .

(٦) في ح : « وأبثه » .

(٧) الشرط جمع شرطة بمعنى الجند والشرط على لفظ الجمع أحوال السلطان لأنهم جعلوا لأنفسهم علامات يعرفون بها للأعداء - الواحدة شرطة (المصباح) .

(٨) في ا و ح : « شرطاً يحفظونه ولا أدعه يفر » .

(٩) في ا و ح : « يقيم » . وفي ب : « يقيم » .

(١٠) في ا و ح : « قبل » .

(١١) أي أقر القول (الكاساني ، ٥٣ : ٧ : السطر الأسفل) .

(١٢) في ا و ح : « في غلط الشهادة أن » .

(١٣) في ب : « شهادة المعمود في التنف » . وفي ا و ح : « شهادة هذا المعمود في التنف » .

وأما التعزير

فوجب^(١) في جنابة ليست بموجبة للحد^(٢) ، بأن قال « يا كافر » أو « يا فاسق » أو^(٣) « يا فاجر » ونحو ذلك .

ويكون التعزير على قدر الجنابة ، وعلى قدر مراتب الجاني^(٤) : قد يكون بالتفليظ في القول^(٥) ، وقد يكون بالجلس ، وقد يكون بالضرب .

وأقل التعزير ثلاثة أسواط ، فصاعدا ، ولا يبلغ أربعين ، بل ينقص منه سوط^(٦) - وهذا عند^(٧) أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف^(٨) : في العبد^(٩) ينقص من أربعين خمسة أسواط ، وفي الحر^(١٠) لا يبلغ ثمانين ، وينقص منه^(١١) خمسة أسواط^(١٢) .

(١) الفاء من ب .

(٢) في ح : « موجبة للحد » . وفي ب : « موجبة الحد » . وفي أ : « موجبة للحد » .

(٣) و (٤) « أو » من أ .

(٥) في أ وب و ح : « بالناس » .

(٦) في ح : « بالقول » .

(٧) في أ وب و ح : « سوطا » .

(٨) في أ و ح : « قول » .

(٩) في أ و ح : « وعند أبي يوسف » .

(١٠) في أ وب و ح : « في البدن كذلك » .

(١١) في الأصل : « وفي الحد » .

(١٢) منه « من أ وب و ح » .

(١٣) « أسواط » من ب . وراجع فيما تقدم من ٢٢٦ .

وأصله قوله عليه السلام : « من بلغ حدا ، في غير حد - فهو من المعتدين » .

ولا يؤخذ^(١) فيه^(٢) الكفالة^(٣) .

ولا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشهادة على الشهادة^(٤) .
وعند محمد : يؤخذ^(٥) فيه الكفيل^(٦) ، وتقبل فيه^(٧) الشهادة على الشهادة^(٨) ، وشهادة النساء مع الرجال - وروى عنه أنها تقبل^(٩) في حق الحبس أيا ما ، ثم يخرج ، ولا تقبل في حق الضرب^(١٠) .

(١) في « : » ولا يأخذ .

(٢) كذا في أوب و ح . وفي الأصل : « منه » .

(٣) في أوب و ح : الكفيل .

(٤) « ولا يثبت ... على الشهادة » ليست في ب . وراجع فيما تقدم ص ٢١٧ .

(٥) في « : » يأخذ .

(٦) « وعند محمد .. الكفيل » ليست في ب . وراجع المامض السابق .

(٧) « فيه » من أوب و ح .

(٨) « على الشهادة » ليست في أ .

(٩) في أوب و ح : « لا تقبل » .

(١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب السـرقة

قال رَحِمَهُ اللهُ (١) :

جمع في الكتاب (٢) بين السرقة ، وقطع الطريق ، وتفسير البغاة ،
وأحكامهم .

أما الأول - فنقول (٣) :

يحتاج إلى ؟

تفسير السرقة ، الموجبة للقطع ، في الشرع .
وإلى بيان (٤) حكمها .

أما الأول :

فهو أخذ مال الغير (٥) ، على سبيل الخفية ، مع شرائطها :
منها - أن يكون السارق عاقلاً ، بالغاً .

(١) « رحمه الله » من أ و ح . و « قال رحمه الله » ليست في ب .

(٢) جمع محمد في الجامع الصغير في كتاب السرقة بين السرقة وبين قطع الطريق (ص ٧٠-٧٢) .
وكذا السرخسي في المبسوط (٩ : ١٣٣ - ٢٠٥) مما قد يدل على أن محمداً دخل ذلك أيضاً في
غير الجامع الصغير وقد فعل ذلك أيضاً القندوري في مختصره (راجع شرح الميداني عليه ، ٣ :
٥٩ - ٥١) . فإمله إذن يريد محمداً أو القندوري في مختصره ولكننا نرجح أنه يريد محمداً كما نرجح
أن يريد بالكتاب « كتاب السرقة » - راجع فيها تقديم المأخوذ ص ٢١١ .

(٣) « جمع في الكتاب ... أما الأول فنقول » من أ و ح . وفي الأصل : « قال :
يحتاج إلى ... » .

(٤) « بيان » ليست في أ و ح .

(٥) « كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « المال على سبيل ... » . فليس فيها : « النير » .

ومنها - أن يكون المسروق مالا ، متقوما - حتى لو سرق الخمر ،
و^(١) الخنزير ، و^(٢) جلد الميتة : فإنه لا قطع عليه^(٣) .
ولو^(٤) سرق حرا ، صغيرا ، فأت في يده أو مرض - فلا^(٥) شيء عليه .
ولو أصابته آفة^(٦) : من الوقوع في البر^(٧) أو اقتراس السبع - يضمن ،
لأنه تضييع^(٨) له .

ومنها - أن يكون المال المسروق مقدرا ، عندنا^(٩) ، بمشرة دراهم .
وعند مالك ثلاثين^(١٠) درهما . وعند الشافعي بربع^(١١) دينار .
وتكلم العلماء في صفة الدراهم العشرة :

ذكر أبو الحسن الكرخي أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة . وكذا
روى عن أبي يوسف ومحمد : أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبرا ، ما لم
تكن مضروبة .

(١) في ا و هـ : « أو » .

(٢) في ا : « أو » .

(٣) في ا : « لا يقطع » .

(٤) كذا في ا و ب و هـ . وفي الأصل : « قال : ولو » .

(٥) القاء من ا و هـ .

(٦) « آفة » ساقطة من ا و هـ .

(٧) في البر « ليست في » .

(٨) كذا قرأها في الأصل و ب و هـ وفيها تصحيف ولها « يصنع له » . وفي ا

كذا : « لأنه يصنع » .

(٩) عندنا « ليست في ا » .

(١٠) في ب كذا : « بثلاثة درهما » .

(١١) الباء الأولى من ا و ب و هـ وفيها كذا : « مقدار بربع دينار » .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا سرق^(١) عشرة مما يروج^(٢)
بين الناس : قطع - فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجاً ، يقطع فيه^(٣) .
ويجب أن يكون وزن^(٤) الدراهم^(٥) المشرة^(٦) وزن سبعة مثاقيل^(٧) ،
كما في نصاب الزكاة^(٨) .

ويجب أن يكون قيمة المروق عشرة ، من وقت السرقة ، إلى وقت
القطع ، ولا ينقص^(٩) من حيث السمر .

وروى عن^(١٠) محمد أنه لا يعتبر نقصان السمر ، بعد الأخذ .
ولو سرق^(١١) في بلد^(١٢) ، وأخذ في بلد أخرى^(١٣) ، لا يقطع ، ما لم
تكن القيمة ، في البلدين ، عشرة .

فأما نقصان القيمة ، بانقصاص^(١٤) المين بعد الأخذ ، فلا عبرة به ،

(١) « سرق » ليست في أ .

(٢) في أ : « عشرة تروج » . وفي ب : « عشرة ما يروج » .

(٣) « فيه » ليست في أ .

(٤) « وزن » ليست في أ وب و ج .

(٥) « الدراهم » ليست في ب .

(٦) « المشرة » من أ .

(٧) « مثاقيل » من أ .

(٨) « ويجب ... الزكاة » كررت في ب . راجع - أ ص ٤١٣ .

(٩) في ب : « ولا ينقص » . وفي ب : « ولا ينقص » . وانقص ذهب منه شيء بعد

تمامه (المصباح) .

(١٠) في أ وب و ج : « وعن » .

(١١) في أ و ب : « ولو أخذ » .

(١٢) كذا في أ وب و ج . وفي الأصل : « في بلد واحد » ولعل كلمة « واحد » هذه

تصحيف لكلمة « وأخذ » . وبذلك تكون هذه الكلمة قد كررت .

(١٣) في أ وب و ج : « آخر » . و « بلد » : يذكر ويؤنث (المصباح) .

(١٤) في أ و ب : « بانقاضي » .

فيقطع ، لأنه لو هلك كله لقطع^(١) ، فكذا^(٢) إذا انتقص .
وهذا الذي ذكرنا شرط في سرقة عشرة من حرز واحد : فإن أخذ
عشرة ، من حرز واحد ، يقطع ، سواء^(٣) كانت العشرة لواحد أو
لجماعة ، لأنها سرقة واحدة ، من حرز واحد .
ولو أخرج عشرة لرجل : بعضها من دار ، وبعضها من دار أخرى -
لا يجب القطع^(٤) ، لأنه^(٥) سرقان بلا نصاب .
ولو أخرج من دار واحدة ، عشرة : مرة خمسة ، ومرة خمسة^(٦) :
لا يقطع ، ما لم يوجد إخراج العشرة جملة : مرة واحدة .
ولو حمل اللصوص جملة متاعا من الحرز ، دفعة^(٧) واحدة : فإن بلغ
قيمة المتاع مقدار ما تكوز^(٨) حصة كل واحد منهم نصابا كاملا^(٩) ،
يجب القطع ، وإلا فلا .

(١) في ا و ب و - : « يقطع » .

(٢) في ب : « وكذا » .

(٣) في ا و - : « هذا الذي ذكرنا شرط في السرقة الواحدة بأن أخذ عشرة من حرز
واحد سواء ... الخ » . وفي ب مثل ما فيها ، إلا أن فيها « في سرقة واحدة » بدلا من « في
السرقة الواحدة » .

(٤) « القطع » من ا و ب و - .

(٥) يشبه أن يكون كذلك في الأصل . وفي ا و ب و - : « لأنها » .

(٦) في ا : « عشرة مرتين : مرة خمسة ، وخمسة مرة أخرى » . وفي ب : « عشرة : مرة
خمس ، ومرة أخرى خمسة » . وفي - : « عشرة : مرة خمسة ، مرة خمسة » .

(٧) « دفعة » كررت في ب .

(٨) في ب : « ما يكون المتاع » . وفي ا و - : « ما يكون » . وفي الأصل كذا :

« ما تكون » دون نقط .

(٩) في - كذا : « لا كاملا » .

ومنها - أن يكون المال المسروق^(١)، محفوظا ، محرزا على الكمال .
وإنما يكون محرزا بأحد أمرين^(٢) : إما أن يكون في مكان معد^(٣)
للإحراز ، عادة ، كالدير ، والبيوت^(٤) ، والخوانيت ، والصناديق . وإما
أن يكون محرزا بالحفاظ .

وفي^(٥) القسم الأول - يكون المكان حرزا ، بنفسه ، سواء كان ثمة
حافظ أو لا ، وذلك أن يكون في الأمصار ، و^(٦) القرى ، و^(٧) الخيام ،
والأخبية^(٨) ، في المفاوز مع جماعة ممتعة ، إلا إذا كان الباب مفتوحا ،
في الليل والنهار ، وليس ثمة حافظ ، فهذا لا يكون حرزا في العادة .
وأما القسم الثاني - <ف> أن لا يكون المكان حرزا بنفسه ، وإنما يكون
حرزا بالحفاظ - وذلك^(٩) نحو قارة الطريق ، والمفازة^(١٠) ، والمساجد -
فإن كان ثمة حافظ قريب^(١١) من المال ، يكون حرزا^(١٢) ، سواء كان
ناظما أو يقظانا .

(١) « المسروق » ليست في ب .

(٢) في ب : « الأمرين » .

(٣) في ا و ح : « ميدا » .

(٤) « والبيوت » ليست في ا و ح .

(٥) في ا و ح : « قل » .

(٦) و (٧) في ا و ح : « أو » .

(٨) في ب : « أو الأخبية » . والخباء الخبية من الصوف (المترب) .

(٩) في ا : « وكذلك » .

(١٠) في ب : « والمفاوز » .

(١١) في ا و ب و ح : « قريبا » .

(١٢) في ب : « محرزا » .

ولو كان المدل^(١) والجوالق^(٢) على الدابة في حال^(٣) السير ،
فسرق رجل من المدل - يقطع . ولو سرق المدل نفسه^(٤) ، والجوالق :
لا يقطع ، لأن هذا^(٥) غير محفوظ بالسائق .
ولو دخل السارق الحرز ، وأخذ منه^(٦) متاعا ، فقبل أن يخرج ، علم
به^(٧) صاحب الحرز ، فأخذه^(٨) - لا يقطع ، لأنه لم يوجد منه
الاخراج من الحرز .

ولو أخذ <ه> السارق ورمى به إلى خارج الحرز^(٩) ، فأخذه^(١٠)
صاحبه ، ثم إن صاحب الحرز أخذ السارق من^(١١) الحرز - لا يقطع^(١٢) ،
لأنه لم تثبت يده عليه^(١٣) ، عند الخروج ، لثبوت يد غيره .

(١) المدل الفرارة أى الجوالق (المتجد) . وانظر الهامش التالى .
(٢) فى ب : « والجوالق » . وفى المغرب : الجوالق بالفتح جمع جوالق بالغم والجوالق
بزيادة الياء ناسخ .

(٣) « حال » من ا و ب و ح .

(٤) كذا فى ب . وفى الأصل : « بنفسه » . وفى ا و ح : « بينه » .

(٥) « هذا » ساقطة من ا .

(٦) « منه » من ا و ب و ح .

(٧) « به » من ا و ح .

(٨) « فأخذه » ساقطة من ح . وانظر الهامش التالى .

(٩) « فأخذه لا يقطع لأنه ... خارج الحرز » ساقطة من ب .

(١٠) الماء من ا و ب و ح .

(١١) فى ا و ب و ح : « فى » .

(١٢) فى ب : « لا قطع عليه » . وفى ا و ح : « لم يقطع » .

(١٣) « عليه » ليست فى ب . وفى ا و ح : « لم تثبت يده عند الخروج على المروق
لثبوت يد غيره » .

ولو رماه^(١) من الحرز ، ثم خرج ، وأخذه^(٢) : يجب القطع^(٣) ،
عندنا ، خلافاً زفر ، لأن هذا في حكم يده ، إذا لم يأخذه^(٤) غيره .

ولو أخذ المتاع من الحرز ، وناول صاحباً له خارج الحرز : فلا قطع
عليها ، عند أبي حنيفة ، كيفما كان . وقال محمد : إن أخرج الداخل يده
من الحرز ، وناول الخارج : يقطع الداخل ، دون الخارج ؛ وإن أدخل^(٥)
الخارج يده في الحرز ، وأخذ : فلا قطع عليها .

وقال أبو يوسف : إذا أخرج الداخل يده : لا قطع عليه ، فأما الخارج
إذا أدخل^(٦) يده وأخذ منه : يجب القطع عليها - لأن عنده^(٧) دخول^(٨)
الحرز ليس بشرط ، إذا أمكن السارق^(٩) أخذ المال الهرز .

وعلى هذا : إن^(١٠) السارق إذا قب الجدار ، وأدخل يده ، وأخذ
متاعاً يساوي^(١١) عشرة دراهم^(١٢) : لا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد .
وقال أبو يوسف : يقطع .

(١) في أ و ح : « رمى » .

(٢) في ب : « وأخذ » . وانظر الهامش التالي .

(٣) في أ و ح : « ثم خرج فأخذه قطع » .

(٤) في ح : « لم يأخذه » .

(٥) و (٦) في ح : « دخل » .

(٧) كذلك في أ و ب و ح . وفي الأصل : « عليها وعنده » .

(٨) « دخول » ليست في ح و ا .

(٩) في ا : « لسارق » .

(١٠) « لذ » ليست في أ و ح .

(١١) في ب : « يساوي قيمته » .

(١٢) « دراهم » من أ و ب و ح .

وكذا لو دخل الحرز ، وجمع المتاع عند الثقب ، ثم خرج ، وأدخل يده ، وأخرج - فهو على هذا الخلاف^(١).

وكذا لو دخلوا الحرز^(٢) ، وحملوا الأثمة^(٣) على ظهر رجل منهم أو رجلين حتى أخرجا^(٤) < الأثمة > ، وخرج الباقيون من غير حمل^(٥) شيء : القياس أن لا يقطع غير الحامل ، وفي الاستحسان : يعطون ، لأن السرقة من الجماعة هكذا تكون عادة .

وكذا لو حملوا على دابة ، حتى خرجت بها^(٦) من الحرز - يجب القطع .

وإن كان معهم صبي أو مجنون : لا قطع على الكل عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : إن باشرا الإخراج^(٧) ، دون الكبار العاقلين^(٨) : لا قطع على الكل ، وإن باشر الإخراج غيرها^(٩) : يجب القطع على الكبار .

(١) في أ و ب : « الاختلاف » . و « وكذا ... الخلاف » ساقطة من ح .

(٢) في أ : « ولو دخل الحرز جماعة » . وفي ج : « وكذلك لو دخل الحرز جماعة » . وفي ب : « ولو دخلوا الحرز » .

(٣) في أ و ح : « المتاع » .

(٤) في أ و ح : « أخرجوا » .

(٥) « حمل » ليست في ح .

(٦) في ب : « خرجوا به » .

(٧) في ب : « إن باشر الإخراج » وفي أ و ح : « إن باشر الإخراج الصغار » .

(٨) في أ و ح : « الكبار البالغين » .

(٩) في ح : « غيرها » .

ومنها - أن يكون المسروق أعيانا ، قابلة للإدخار^(١) والامساك ، ولا يتسارع إليها الفساد^(٢) - حتى لو سرق ثمارا مجدودة^(٣) ، محرزة في^(٤) حضيرة^(٥) عليها باب مقلق^(٦) ، أو كان ثمة حافظ ، ولكن يتسارع إليها^(٧) الفساد ، نحو العنب والتين^(٨) ، والسفرجل ، والرطب^(٩) ، والبقول : لا يقطع^(١٠) .

ولو كانت مما يبقى ، مثل^(١١) الجوز ، واللوز ، والتمر اليابس^(١٢) ، والقواكه اليابسة : يجب القطع .

ولو كانت الثمرة الباقية على الشجر ، والخطة في السنبلة ، لم^(١٣)

(١) في ح : « الإدخار » .

(٢) في ح : « التاسد » .

(٣) في ب : « مجدودة » - وكلاما صحيح لغة من جد و جذ بمعنى قطع (المصباح) .

(٤) في ب : « من » .

(٥) في أ و ح هكذا : « حضيرة » . وفي المصباح : « حضيرة التمر الجرين » . وفي

المنجد : « الحضيرة ... موضع التمر » .

(٦) في أ و ب و ح : « مقلق » .

(٧) كذا في أ و ب و ح - وفي الأصل : « ... حافظ ثمة يقطع وما يتسارع إليه » .

(٨) « والتين » من أ و ح .

(٩) في أ و ب و ح : « والرطب » . والرطب الشيء الرخس أى التين والرطب جمع

رطوبة وهى الشيء البتلى أو الرخس التين (راجع المصباح) ..

(١٠) في أ و ب و ح : « لا يجب القطع » .

(١١) كذا في أ و ب و ح - وفي الأصل : « من » .

(١٢) في أ و ح : « والتمر اليابسة » .

(١٣) كذا في ب - وتنبه أن تكون كذلك في الأصل .

نحمد^(١) - في حائط موثق ، أو ثمة حافظ^(٢) : لا يجب القطع^(٣) ،
لأنه لم تستحكم ماله بدم^(٤).

وعلى هذا - لو سرق الاحم^(٥) الطرى، أو الياض : لا يجب القطع^(٦) ،
لأنه مما يتسارع إليه الفساد .

وعلى هذا : التيد الحلال ، والمصير ، واللين ، بخلاف الحل والدربس^(٧) .

ومنها - أن لا يكون المسروق شيئا^(٨) يوجد^(٩) مباح الاصل ،
كالطير والحشيش والعصب^(١٠) والثورة^(١١) واللين^(١٢) ، إلا إذا كان

(١) في الاصل وب : « يحمد » - وانظر المامق التالى .

(٢) « ولو كانت الثمرة ... حافظ » ليست في ا و ح - وفيها : « ولو كانت بحافظ » .
والظاهر أن هناك سقطا وتريفا في كلمة « حافظ » .

(٣) في ا و ح : « لا يجب القطع بسرقته » لا يجب عليه القطع » .

(٤) في الكاساني (١٠ : ٦٩ : ٧) : « ولو سرق نخرا من نخل أو شجر آخر مملقا فيه :
فلا قطع عليه . وإن كان عليه حائط استوتقوا منه وأحرزوه أو هناك حائط ، لأن ما على رأس
النخل لا يد مالاً ، ولأنه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفاه فيتسارع إليه الفساد » .

(٥) في ب : « وعلى هذا النسق : اقم » .

(٦) « القطع » ليست في ب . وفي ا و ح : « لا يجب عليه القطع » .

(٧) الدربس عبارة الرطب (المباح) .

(٨) كذا في ا و ب و ح - وفي الاصل : « أن يكون المسروق أن لا يكون شيئا » .

(٩) في ب و ح : « يؤخذ » .

(١٠) « والعصب » من ا و ب و ح .

(١١) الثور حبر الكيلس ثم غلبت على أغلاط تضاف إلى الكيلس من ذرنيخ
وبغيره وتستعمل لإزالة الشعر ، والكيلس ما يقوم به الحبر والرخام ونحوهما ويتخذ منها لإحراقها
(التيد والمصباح) وتسمى في المامق ١٠ ص ٨٠ هـ .

(١٢) في ا : « واللين حتى لا قطع عليه فيه » . وفي ب : « واللين حتى لا قطع عليه

فيه » . وفي ب : « واللين حتى لا قطع فيه » .

شيئا^(١) له خطر عند الناس ، كالذهب والفضة واللؤلؤ والفيروز والرجل
والساج والماج^(٢) ونحوها ، أو^(٣) يحدث فيه صنع^(٤) كالسير ونحوه .
ومنها - أن لا يكون^(٥) مأذونا بالدخول في الحرز ، أو فيه شبهة
الاؤذن ، كالسرقة من ذوى^(٦) الرحم المحرم .
وكذلك عبد الرجل^(٨) ، و^(٩) مديرة ، ومكاتبه ، وخادمه^(١٠) ، وخادم
امراته ، وأجيرها^(١١) ، وضيئها^(١٢) ، ونحو ذلك .
وكذلك لو سرق العبد من ابن مولاه ، و^(١٣) أبويه - لأنه يدخل
عليهم ، عادة .

وإن سرق من غريمه : < ف > إن كان من جنس دينه ، وهو جال :
لا يقطع^(١٤) . وإن كان الدين مؤجلا : لا يقطع ، استحسانا . وإن كان

-
- (١) « شيئا » من ا ب و ح .
(٢) القيل حجر كريم والكلمة من الفخيل (المتجد) - وليست في ا .
(٣) في ب : « والساج » أيضا .
(٤) « أو » ليست في ا .
(٥) في ا و ح : « تحدث فيه صنعة » . وفي ب : « يحدث فيه صنعة » .
(٦) في ا و ح : « ومنها إذا كان » . وفي ب : « ومنها أنه إذا كان » .
(٧) في ا و ح : « من ذى » .
(٨) في ا : « وكذلك من عبده » .
(٩) في ب : « أو » .
(١٠) « وخادمه » ليست في ب .
(١١) في ب و ح : « وأجيرها مشاهرة » . وفي ا : « أو أجير » .
(١٢) في الأصل كذا : « وضيئها » . وفي ا : « أو ضيفة » . وفي ب : « أو ضيئها » .
(١٣) في ا : « أو من أبويه » .
(١٤) « ولا سرق من غريمه ... لا يقطع » ليست في ا و ح .

المسروق أكثر من الدين، وتلك الزيادة تكون^(١) نصاباً : فكذلك^(٢)، لأن حقه ثابت في الجملة شاملاً^(٣) .

وإن كان من خلاف جنسه : يقطع - خلافاً للشافعي^(٤) . وبعض أصحابنا قالوا : لا يقطع ، لاختلاف العلماء فيه من السلف .

ومنها^(٥) - أن لا يكون المسروق شيئاً^(٦) له تأويل إلا أخذ^(٧) أو^(٨) الإبتلاف ، كما إذا سرق مصحفاً ، أو حلياً ، أو زرداً أو شطرنجاً من ذهب أو فضة .

ومنها - أن لا يكون^(٩) النصاب تبعاً لما لا يقطع بسرقة^(١٠) ، كما إذا

(١) في أ و ح : « يبلغ » .

(٢) « فكذلك » من أ و ب و ح .

(٣) « شاملاً » من أ و ب و ح .

(٤) « خلافاً للشافعي » من أ و ح . وانظر الهامش التالي - وفي المذهب (٢ : ٢٨٢) :

« ولأن كان له على رجل دين ، فسرق من ماله - فإن كان جاعداً له أو ماحلاً له : لم يقطع ، لأن له أن يتوصل إلى أغنه بدينه . وإن كان مقراً ملياً : قطع ، لأنه لا شبهة له في سرقة . وإن غصب ماله فأحرزه في بيت ، فغصب المنسوب منه البيت ، وسرق مع ماله نصاباً من مال الناصب : ففيه ثلاثة أوجه : أحدها - أنه لا يقطع ، لأنه هناك حرزاً كان له فتكسبه لا أخذ ماله . والثاني : أنه يقطع ، لأنه لما سرق مال الناصب علم أنه قصد سرقة مال الناصب . والثالث : أنه إن كان ما سرقه متبرئاً من ماله : قطع ، لأنه لا شبهة له في سرقة ، وإن كان مختلطاً بماله : لم يقطع ، لأنه لا يتميز ما يجبيه المتعلق بما لا يجب فيه » فلم يقطع .

(٥) « من خلاف جنسه .. ومنها » ليست في ب .

(٦) في أ و ب و ح : « إذا سرق شيئاً .. الخ » .

(٧) في أ : « لا أخذ » .

(٨) في أ و ب و ح : « أو » .

(٩) في أ و ب و ح : « أن يكون » .

(١٠) في ب : « لسرقته » .

سرق كلباً أو سنورا وفي عنقه ^(١) طوق ذهب أو فضة ^(٢) ، أو مصحفنا
مرصماً بالذهب والياقوت ، أو سرق ^(٣) صياحراً عليه حلّ أو ^(٤) ثياب
ديباج - لا يجب القطع ^(٥) .

وكذلك لو سرق إناء فضة فيه طعام ، وأخرجه من الحرز : كذلك
لا يجب القطع ^(٦) . ولو صب الطعام ، وأخرج الإناء : يقطع .

ومنها شرط ^(٧) ظهور السرقة ، الموجبة ^(٨) للقطع ^(٩) ، عند القاضي ،
وهو خصومة المروق منه - حتى لو شهدوا على السرقة من غير خصومة ،
أو أقر السارق : فإن القاضي لا يقطع .

ولو جاء السارق ثانياً إلى المالك ، ورد المال إليه ، قبل المرافعة إلى الحاكم :
سقط الحد ، في ^(١٠) المشهور ^(١١) . عندنا .

وأما إذا ردها بعد المرافعة ، وسمع الينة : لا يسقط القطع ، سواء
كان قبل القضاء أو بعده .

(١) في أ و ب و ج : « أو سنورا في عنقه » .

(٢) « أو فضة » من أ .

(٣) « سرق » ليست في أ .

(٤) في أ و ج : « و » .

(٥) و (٦) في أ : « لا يقطع » .

(٧) في ب : « شرائط » .

(٨) في ب : « موجبة » .

(٩) في ج : « لقتالغ » .

(١٠) « في » ساقطة من ج .

(١١) في أ : « في المشهور » .

وَأما إذا وهبها من السارق ، أو ملكها السارق ، بوجه ما^(١) : سقط القطع^(٢) ، قبل القضاء ، وبمده - عندنا ، خلافاً للشافعي .
ثم الشرط خصومة المسروق منه ، بأن كان صاحب ملك ، أو صاحب يد أمانة ، أو يد ضمان ، وبُيِّنَت^(٣) السرقة في حق الاسترداد ، أما في حق القطع ، فعندنا : كذلك - وعند زفر : لا يثبت . والشافعي يقول : لا يعتبر خصومة غير^(٤) المالك أصلاً^(٥) .

وأما السارق من السارق ، فإن خصومته لا تعتبر ، في حق القطع ، بالإجماع . وهل تعتبر في حق^(٦) الاسترداد ؟ فيه روايتان .
وإنما تعتبر الخصومة^(٧) إذا لم يتقدم المهد . فأما إذا تقدم عهد السرقة ، فلا^(٨) يسمع الخصومة ، كما في حد الزنا ، على ما ذكرنا .

• • •

(١) في أوب و : بوجه من الوجوه .

(٢) « القطع » ليست في ب .

(٣) في أ و : « وثبت » .

(٤) في التحريف قتيبا : « عين » .

(٥) « أصلاً » ليست في ب .

(٦) في حق « من أوب و » .

(٧) في ب : « البيئة » . وفي أ و : « الخصومة والبيئة » .

(٨) القاء من « و ا » .

وأما قطاع الطريق والبناء^(١) - فنقول :

إن قطاع الطريق، الذين لهم أحكام مخصوصة، لهم^(٢) شرائط :
أمرها - أن يكون لهم منعة^(٣) وشوكة، بحيث لا تمكن للمارة^(٤)
المقاومة معهم، وقطعوا^(٥) الطريق عليهم، سواء كان بالسلاح، أو
بالمصا الكيرة، و^(٦) الحجر، وغيرها^(٧).
والثاني - أن يكون ذلك خارج المصر، ببدايته^(٨). فأما في المصر
و^(٩) قريبا منه، أو بين مصرين^(١٠) : فلا يكون^(١١) قطع الطريق -
وهو^(١٢) قول أبي حنيفة ومحمد، خلافا لآبني يوسف.

(١) في « : الطريق البناء »، وانظر أيضاً فيما يمد من هذا الجزء : « باب أحكام البناء »
في « كتاب السير ».

(٢) في الأصل : « ظم ». وفي « : » : « لأن لقطاع الطريق أحكاما مخصوصة ولهم
شرائط ». وفي ب : « قطاع الطريق الذين لهم أحكام مخصوصة ولهم شرائط ».

(٣) في « : » : « قوة » - يقال : فلان في عز ومنعة أى يمنع على من قصده من الأعداء.
(المغرب) .

(٤) في « : » : « للمارة ».

(٥) في « : » : « وقطعوا ».

(٦) في « : » : « أو ».

(٧) في ب : « وغيرها ».

(٨) في « : » : « خارج الأمصار ببدايتها ».

(٩) في « : » : « أو ».

(١٠) « : أو بين مصرين » ليست في « : ».

(١١) في « : » : « فلا يمكن ».

(١٢) في « : » : « وهذا ».

والثالث - أن يكون ذلك^(١) في دار الإسلام ، على أهل دار الإسلام^(٢) .

والرابع - أن يوجد فيه^(٣) ، جميع ما شرط في السرقة الصغرى^(٤) ، حتى إن ما أخذوا^(٥) لو قسم على القطع ، فأصاب^(٦) كل واحد منهم^(٧) عشرة دراهم - يجب القطع ، وإلا فلا .

ويشترط أن يكون القطع ، كلهم ، أجنب ، في حق أصحاب الأموال ، وأن يكون كلهم^(٨) من أهل وجوب القطع ، حتى^(٩) إذا كان أحدهم ذارحم محرّم ، أو صيّا ، أو مجنوناً : لا يجب عليهم القطع عند أبي حنيفة ومحمد ، خلافاً لابن يوسف^(١٠) . وإذا كان معهم امرأة : ففيه

(١) « ذلك » ليست في أ و ح .

(٢) « على ... الإسلام » ليست في ب .

(٣) « فيه » ليست في أ و ب و ح .

(٤) قال الزيلعي في التبيين (٣ : ٢١٢) : « وهي نوعان : سرقة صغرى وكبرى . فالصغرى يسارق فيها عين المالك أو من يقوم مقامه في الحفظ وشرطها أن تكون خفية على زعم السارق ... والكبرى يسارق فيها عين الإمام أو من يقوم مقامه في الآفاق لأنه هو المتصدى لحفظ الطرق » - فالسرقة الصغرى هي السرقة العادية المبررة وهي أخذ مال الغير خفية . والسرقة الكبرى هي قطع الطريق - وراجع الشافعي على الزيلعي ، ٣ : ٢٣٥ .
(٥) كذا في ب - وفي الأصل : « ما أخذوها » . وفي أ و ح : « حتى لو قسم ما أخذوها على القطع » .

(٦) في أ و ب و ح : « أصاب » .

(٧) « منهم » من أ و ح .

(٨) « وأن يكون كلهم » ليست في أ و ب و ح .

(٩) « حتى » ليست في أ و ح .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ٢٤٠ .

روايتان ، والاصح أنه لا يقطع ^(١) .

والخامس - أن يظفر بهم الاوام ، قبل التوبة ، ورد الاموال ^(٢) إلى اربابها .

أما أحكامهم - فنقول :

إن قطع الطريق على أربعة أنواع :

— إن أخذوا ^(٣) المال لا غير : تمقطع أيديهم وأرجلهم ، من خلاف ، إذا كانوا صحيحى ^(٤) الأطراف .

— وإن قتلوا ، ولم يأخذوا المال ^(٥) : قتلوا .

(١) أى لا يقطع أحد . وفى ب : « أبها لا يقطع » . وظاهر أن المعنى مختلف ، وأنه لو قال فى الأصل « او » (وهو ما فى المتن) : « لا يقطع » (أى بالثاء لا بالياء) لكان معنى ما فى النسخ جيبا واحدا . وفى السرخسى (المبسوط ، ٩ : ١٩٧-١٩٨) أنه فى ظاهر الرواية ، وهو اختيار الطحاوى ، أن المرأة كالرجل فى قطع الطريق كما فى سائر الحدود . وذكر الكرخى أن حد قطع الطريق لا يجب على النساء . وذكر هشام فى نوادره عن أبى يوسف أنه لئذا قطع قوم من الرجال الطريق وفيهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فليقام الحد عليهم ولا يقام عليها . وقال محمد : يقام عليها ولا يقام عليهم . وذكر ابن سماعه عن محمد بن أبى حنيفة أنه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة فيهم كالصبي .

وفى الكشافى (البدائع ٧ : ٩١) أنه « لو كانت فى القطاع امرأة فوليت القتال وأخذت المال دون الرجال : لا يقام الحد عليها فى الرواية المشهورة . وذكر الطحاوى رحمه الله وقال : النساء والرجال فى قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى : يقام الحد عليها وعلى الرجال ... وأما الرجال الذين معها فلا يقام عليهم الحد فى قول أبى حنيفة ومحمد سواء باثروا معها أو لم يباثروا - فرق أبو يوسف بين الصبي وبين المرأة حيث قال : إذا باشر الصبي : لا حد على من لم يباشر من الغلاء البائنين ، ولذا باشرت المرأة : تعد الرجال - وراجع فيما تقدم ص ٢٤٠ و ٢٤٨ .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل : « المال » . وفى ا و ه : « .. المال إلى اربابها » .

(٣) فى ب : « أن يأخذوا » .

(٤) فى ا و ه هكذا : « صحيحين » .

(٥) « لا غير » قطع ... المال « سابقة من ب .

— وإن أخذوا المال ، وقتلوا^(١) : فالأولام بالحجار : إن شاء قطع وقتل ،
وإن شاء قتل لا غير^(٢) — ثم هو غير بين أن يقتله صلباً^(٣) ، وبين أن
يقتله بلا صلب .

ثم الكرخي يقول : يصلب حياً ، ثم يقتل . والطحاوي يقول : يصلب مقتولاً .
— وإن خوفوا^(٤) بقطع الطريق لا غير^(٥) : يحبسون ، ويمزرون^(٦) .
حتى يتوبوا وهو تفسير النفي لقوله^(٧) تعالى : « أو ينفوا من الأرض »^(٨) .

ثم إذا أقيم الحدان^(٩) : القطع ، والقتل — فلا شيء عليهم من ضمان
ما هلك من الأموال ، وضمان الجراحات والقتل ، لأن الحد مع
الضمان لا يجتمعان^(١٠) .

وأما إذا فات شيء من الشرائط ، حتى لا يقام الحد عليهم^(١١) ، فإنه يحكم

(١) في أ و ح : « وإن قتلوا وأخذوا المال » .

(٢) العبارة في ب : « إن شاء قتلهم لا غير ، وإن شاء قطع وقتل » .

(٣) « صلباً » ليست في ب .

(٤) في أ و ح : « فإن أخافوا » .

(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل تشبه : « لا غير » .

(٦) راجع فيما تقدم في التنزيص ٢٣١ - ٢٣٢ .

(٧) في ب : « في قوله » .

(٨) المائدة : ٣٣ وهي والتي بعدها : « ولما جزأ الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم عذبي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » . إلا الذين تابوا من قبل أن تتدبروا عليهم فأعلموا أن الله غفور رحيم » .

(٩) في أ و ح : « الحد من » . وفي ب : « الحد في » .

(١٠) في أ و ح : « لا يجتمع » .

(١١) في أ و ب و ح : « لا يقام عليه الحد » .

القاضي بما هو حكم ذلك القتل^(١) ، بدون قطع الطريق ، حتى^(٢) إذا أخذوا المال لا غير : يجب الرد أو^(٣) الضمان ، فإن قتلوا لا غير : يجب القصاص لا الحد^(٤) - حتى إذا قتلوا بالسلاح ، يقتلوا ، ولا يقتلوا إذا قتلوا^(٥) بغير السلاح .

ولا يقتل الرد^(٦) و^(٧) الميعين .

وإن خرجوا - إن أمكن استيفاء القصاص : يقتص منهم ، وإلا فيجب الضمان .

. . .

وأما البغاة^(٨) :

فقوم^(٩) لهم شوكة ومنعة ، وخالفوا المسلمين في بعض^(١٠) الأحكام ، بالتأويل ، كالخوارج وغيرهم ، وظهروا^(١١) على بلدة من البلاد ، و^(١٢) كانوا في عسكر ، وأجروا أحكامهم .

(١) في أ : « فإن القاضي يحكم بها وهو حكم ذلك القتل » .

(٢) « حتى » ليست في ب .

(٣) في أ و ب : « أو » .

(٤) كذا في أ و ب . وفي الأصل و ب : « لا حد » .

(٥) كذا في أ . وفي ب : « يقتل ولا يقتل إذا قتل » . وفي ب : « يقتل إذا قتلوا » .

وفي الأصل : « يقتل ولا يقتل إذا قتلوا » .

(٦) الرد الميعن من ردأه أعانه (المقرب) .

(٧) قد تكون « أو » إذ هي مكتوبة في الأصل و ب : كذا : « الرد أو الميعن » وفي

أ : « الرداء والميعن » . وفي ب : « الرد والميعن » .

(٨) انظر فيما بعد في هذا الجزء : « باب أحكام البغاة » في « كتاب السير » .

(٩) قتلاء من أ و ب .

(١٠) في ب : « وخالفوا المسلم في بعض » . وفي أ و ب : « يخالفون المسلمين من بعض » .

(١١) في أ و ب : « فظهروا » .

(١٢) في أ و ب : « أو » .

فإذا قطعوا الطريق على أهل العدل، من المسافرين - فلا يجب عليهم الحد، لأنهم يدعون إباحة أموالهم عن تأويل، و^(١) لهم منعة .
ولو جاء رجل من أهل البغي ثائباً، وآتى بسارق - قد^(٢) سرق ماله - من أهل البغي : لا يقطعه^(٣) إلا إمام العدل^(٤) .
ولو كان رجل منهم في دار أهل العدل، فسرق مال أهل العدل^(٥) : يقطع، وإن استحلّه، لأنه لا منعة له^(٦) - والله تعالى أعلم^(٧) .

(١) « و » ليست في او ح .

(٢) كذا في او ب و ح . وفي الأصل : « وقد » .

(٣) الماء من او ح .

(٤) في او ب و ح : « إمام العدل » .

(٥) « فسرق ... العدل » ليست في او ح .

(٦) في ا : « وإن استحل لأن المنعة لهم » . وفي ب : « وإن استحل لأنه لا منعة له » .

وفي ح : « وإن استحل لأن المنعة لهم » .

(٧) انظر فيما بعد في هذا الجزء : « باب أحكام البغاة » في « كتاب السير » .

كتاب الهبة

يحتاج^(١) إلى :

بيان^(٢) مشروعية < عقد > الهبة ،

وإلى بيان ركنه ،

وإلى بيان^(٣) شرائط صحته ،

وإلى بيان حكمه^(٤) .

أما المؤلف - فنقول :

الهبة عقد ، مشروع ، مندوب إليه ، بالكتاب ، والسنة ، والاجماع^(٥) .

أما الكتاب - فقوله^(٦) تعالى : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا »^(٧) .

وأما السنة - فقوله عليه السلام^(٨) : « تهادوا تحابوا » ، وقال عليه السلام :

(١) في او - « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) و (٣) « بيان » و « للبيان » من او - .

(٤) كذا في او - . وفي الأصل و ب : « الحكم » .

(٥) في او ب و - « ولجام الامة » .

(٦) هكذا في او - . وفي الأصل و ب : « قال الله تعالى » .

(٧) النساء : ٤ والآية : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا

فكلوه هنيئا مريئا » .

(٨) هكذا في او - . وفي الأصل و ب : « وقال عليه السلام » .

« المائد في هبته كالكلب يعود في قيته »^(١).

وعليه الإجماع .

وأما ركن البرية :

فهو الإيجاب والقبول .

فالإيجاب قوله « وهبت هذا الشيء منك » أو « جعلته لك » أو « هذا لك » أو « نحلته »^(٢) لك ، أو^(٣) قال « جعلت هذه الدار لك عمرى أو عمرك أو حياتى أو حياتك ، فإذا مت فهو رد على » - فهذا كله هبة ، وهي له حياته وموته ، والشرط الذى شرطه باطل ، على ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « أمسكوا عليكم أموالكم »^(٤) ، لا تمروها^(٥) ، فإن من أتمر شيئاً كان لمن أتمره^(٦) .

ولو قال هذه الدار لك رُقْبى^(٧) أو^(٨) حيسه ، ودفعها إليه - فهي عارية

(١) فى اوب و ه : « المائد فى هبته كالنائد فى قيته » . وفى بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر (ص ١٦٤) : « المائد فى هبته كالكلب يقى . ثم يعود فى قيته (متفق عليه) . وفى رواية قبيارى : ليس لنا مثل السوء الذى يعود فى هبته كالكلب يقى . ثم يرجع فى قيته » .

(٢) فى ا و ه : « أو : نحلته » - « والنحلة هى العطية » - قال : فلان نحل ولده نحل أى أعطاه عطية « الكسانى : ١١٦ : ٤ - وانظر القاموس المحيط .

(٣) هكذا فى ا و ب و ه . وفى الأصل : « لو » .

(٤) فى ب : « كرائم أموالكم » . وانظر الهامش التالى .

(٥) « التمرى ما يحمل لك طول عمرك أو عمره وعشتره لواء وأمره جعلته له عمره أو عمرى (القاموس المحيط) . وانظر فيما بعد الهامش ٦ ص ٢٥٦ .

(٦) فى ا و ه : « أمسكوا عليكم ولا تمروها فإن من أتمر شيئاً فهو لمن أتمره » - راجع الكسانى : ١١٦ : ١٠ من أسفل .

(٧) « معنى الرُقْبى أنه يقول إدمت أنا قبلك فهو لك وإن مت أنت قبلى فهو لى » - نسي الرُقْبى من الرقوب والارتعاب والترقب وهو الانتظار لأن كل واحد منها ينتظر موت صاحبه قبل موته « الكسانى : ١١٧ : ٧ . وانظر القاموس المحيط .

(٨) فى ا و ه : « و ه » .

في يده ، يأخذها منه متى شاء ، وقال أبو يوسف : إذا قبضها فهي هبة ، وقوله « رُقِّي » ^(١) حيسة : باطل .

ولو قال « هذه الدار لك سكني » أو « هذه الشاة أو هذه الأرض لك منحة » - فهي عارية في قولهم جميعا ، لأن المنحة عبارة عن بذل المنافع ، فإذا أضاف إلى عين ينتفع بها مع قيامها ، عمل بحقيقته ، فأما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به ، إلا باستهلاكه ، كما إذا منحه طعاما ، أو لبنا ، أو دراهم ، أو دنانير - فإنه يكون هبة ، لأنه لا منفعة له مع قيام عينه . وعلى هذا قالوا : إن عارية الأعيان تملك المنافع ، وعارية المكيل والموزون قرض ويكون تملك المين .

وكذا لو قال « هذه الدار لك سكني عمري » ^(٢) ، أو « عمري سكني » : فهي عارية . وكذا إذا قال « هبة » ^(٣) سكني أو سكني هبة : فهي عارية ^(٤) . وإن قال « هذه الدار لك عمري تسكنها أو صدقة تسكنها » : فهي هبة وصدقة ، وقوله « تسكنها أو تؤاجرها أو تعبها » : يكون مشورة ، فيكون شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

وكذا لو قال « هي لك هبة تسكنها » - فهي هبة جائزة ، لما ذكرنا . ولو وهب الرجل أمة ، على أن لا يبيعها - فالهبة جائزة ، والشرط باطل عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف أيضا .

(١) في ب : « أو » .

(٢) في ب : « عمرك » .

(٣) « هبة » ليست في ب .

(٤) « هي عارية » ليست في أ و ج .

وكذا لو شرط أن يتخذها أم ولد، أو^(١) أن يبيعها من فلان، أو
يردها عليه بعد شهر - كانت الهبة جائزة، والشرط باطل - وكان ينبغي
أن لا يكون الشرط القاسد مفسدا للعقد^(٢)، وإنما جاء الفساد لأجل
الني، والتي ورد في البيع وما ورد في غيره^(٣)، فبقى غيره على
الأصل^(٤)، إلا إذا كان في معناه^(٥)، وأصله ما روى عن النبي عليه
السلام أنه أجاز العُمري^(٦) وأبطل شرط^(٧) الممر.

أما شرائط الصمة :

فنصها - القبض: حتى لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض^(٨) - وهذا عندنا.
وقال مالك: القبض^(٩) ليس بشرط.

(١) المزمة من أو ب

(٢) كذا في أو ب - وفي الأصل أو ب : « وكان ينبغي أن يكون الشرط القاسدا لا يكون
مفسدا للعقد ».

(٣) هكذا في أو ب - وفي الأصل : « لأجل الني ، والتي في البيع ورد لغيره ... »
وفي ب : « والتي ورد في البيع كثيره فبقى غيره ... ».

(٤) في أو ب : « على أصل القياس ».

(٥) يوضح ذلك عبارة الكاساني (٢١١ : ١١٧ : ٦) : « لأن هذه الشروط مما لم تنع
وتنوع التصرف تمليكا لحال، وهي شروط تخالف مقتضى العقد، فتبطل، ويبقى العقد على الصفة
بمخلاف شروط الرقي على ما بينا »، وبمخلاف البيع : فإنه تبطل هذه الشروط، لأن القياس أن لا يكون
قران الشرط القاسد لعقد ما مفسدا له، لأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالدم ويبقى العقد
صحيا، إلا أن الفساد في البيع انتهى الوارد فيه، ولا نهي في الهبة، فيبقى الحكم فيه على الأصل «.
وراجع فيها قدم ص ٢٥٤ و ٢٥٥ وفي الجزء الثاني ص ٦٩ وما بعدها .

(٦) العُمري ما يُجمل لك طول عمرك أو عمره (القتاموس) . وراجع فيها قدم المامتين

ص ٧٥ و ٢٥٤ .

(٧) في ب : « شرائط » . وفي : « الشرط » .

(٨) « القبض » ساقطة من - .

(٩) « القبض » من أو ب - .

وأصله ما روى عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أنهم قالوا :
« لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوذة » .

ومنها - أن تكون الهبة مقسومة إذا كان يحتمل القسمة ، وتجوز إذا
كان مشاعا لا يحتمل القسمة^(١) ، سواء كانت الهبة للشريك أو غيره^(٢) .
وقال الشافعي : هبة المشاع جائزة .

وكذلك الخلاف في التصديق بالمشاع^(٣) .

وأصله ما روي عن الصحابة أنهم قالوا : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة
محوذة^(٤) » ، والحيازة يراد بها القسمة هنا ، بالاجماع .

ومنها - أن تكون الهبة متميزة عن غير الموهوب ، وغير متصلة به ،
ولا مشغولة بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون
الزرع ، أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة : لا تجوز . وكذلك
لو وهب ثمرة النخل دون النخل^(٥) ، أو الزرع دون الأرض - وقبض
النخل والثمرة والأرض والزرع : لا يجوز .

وكذا لو وهب دارا فيها متاع للواهب ، أو ظرفا فيه^(٦) متاع
للوهاب دون المتاع ، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل - وقبضها :

(١) « وتجوز لذا كان مشاعا لا يحتمل التهمة » ليست في ا و ح .

(٢) في ب : « من الشريك أو من غيره » .

(٣) « بالمشاع » من ا و ب .

(٤) راجع ما تقدم في أول هذه الصفحة .

(٥) « دون النخل » من ا و ب و ح .

(٦) في الأصل و ا و ب و ح : « فيها » - والظرف مذكور .

فإنه لا يجوز^(١)، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له، لأن الموهوب غير متميز عما ليس بموهوب، فيكون بمنزلة هبة المشاع.

ولو قسم المشاع، وسلم ما وهب^(٢) : جاز.

وكذا، في هذه الفصول، إذا سلم الدار فارغة عن المتاع.

وكذا إذا حصد الزرع، وجز^(٣) الثمر، ثم سلم النخل والأرض : جاز، لأن الملك يثبت عند القبض، فيعتبر حالة القبض، وتكون الهبة موقوفة في حق ثبوت الملك إلى وقت الإفراز^(٤)، وفي كون الهبة، في الحال، فاسدة أم لا، اختلاف بين المشايخ^(٥) - ولكن لا خلاف أنه إذا وجد التسليم بعد القسمة، والإفراز : جاز^(٦).

ولو وهب داراً من رجلين، أو كراً من طعام، أو ألف درهم، أو^(٧)

(١) « وقضيا فإنه لا يجوز » ليست في الواهب. وفي « دون الحمل وفيها ». وفي « دون الحمل وفيها » قط.

(٢) « ما وهب » من الواهب. وفي الواهب. « ولو ميز الحمل والمتاع وسلم ما وهب ».

(٣) في الواهب : « وجد ». وفي الواهب : « وجد ». وفي الغريب : « الجز قطع الشيء الكثيف الضيف... ويقال : جز الصوف وجز النخل إذا صرعه. والجزاز كالجداد بالفتح والكسر إلا أن الجداد خاص في النخل والجزاز فيه وفي الزرع والصوف والشر. وقد فرق محمد رحمه الله بينها فذكر الجداد قبل الإدراك والجزاز بعده وهو ولأن لم يثبت حسن ».

(٤) في الواهب : « في ثبوت الملك على الإفراز ». وفي « : في ثبوت الملك على إفراز ».

(٥) في الواهب : « خلاف بين المشايخ ». وفي « : خلاف من المشايخ ».

(٦) « جاز » ساقطة من الواهب. وفي الواهب : « صح ».

(٧) « الممزة من الواهب ».

شيئا مما يقسم : فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : جائز^(١) .

والحاصل أن عند أبي حنيفة : الشبوع متى حصل عند القبض : فإنه يمنع صحة الهبة ، وإن حصل القبض^(٢) في غير مشاع : جاز - فجوز هبة الاثنين من الواحد ، ولم يجوز هبة الواحد من الاثنين . واعتبر أبو يوسف ومحمد في فساد المقد حصول الشبوع في الطرفين جميعا ، فجوزا هبة الواحد من اثنين وهبة الاثنين من الواحد^(٣) .

ولو وهب عبدا من رجلين ، أو شيئا مما لا^(٤) يقسم : جاز ، بالإجماع ، لأنه لا عبرة للشبوع فيما لا^(٥) يحتمل القسمة في باب الهبة . ولو وهب رجل لرجلين وقال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها » : فهو على الخلاف الذي ذكرناه^(٦) .

ولو قال : « وهبت لك نصفها ولهذا نصفها » : لم يجوز ، بالإجماع ، لأن المقد وقع في المشاع في كل نصف .

(١) في ١ : « جائزة » - وفي ب : « يجوز » - وفي ح : « لا يجوز عندنا وعندهما جائز » - « فأبو حنيفة يعتبر الشبوع عند القبض ، وما يعتبره عند المقد والقبض جميعا . فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشبوع وقت القبض . وما جوزا لما لأنه لم يوجد الشبوع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر . وجوزوا هبة الاثنين من واحد : أما أبو حنيفة رحمه الله فلم يعمد الشبوع في وقت القبض ، وأما ما فلا ندله في الحالين ، لأنه وجد عند المقد ولم يوجد عند القبض » الكاساني ١٢١ : ٦٦ - ٢٤ - ٧٨ . وانظر مايلي في المتن .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « عند القبض » . راجع الهامش السابق .

(٣) « واعتبر أبو يوسف ومحمد ... الاثنين من الواحد » ليست في ب . وفي ا و ح : كذا :

« وحصول الشبوع (في ح : الثروع) في الطرفين جميعا فجوز هبة من الاثنين والاثنين » وراجع فيما تهم الهامش ١ .

(٤) و (هـ) « لا » ليست في ح .

(٦) في هذه المسألة بين الفسح خلاف لفظي بحت .

ولو قال: «وهبت لكما هذه الدار: لهذا»^(١) ثلثها ولهذا ثلثها: «جواز عند محمد، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يجوز - فيها مراعى أصلها، وأبو يوسف»^(٢) فرق عند مخالفة النصيين، كما لو رهن عينا واحدة من اثنين: لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان»^(٣)، فكذلك هذا»^(٤) .
ثم إن عند أبي حنيفة: إذا قسم وسلم إلى كل واحد منهما حصته»^(٥) مفرزة: جاز، لما قلنا .

ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكينين: جاز»^(٦) . ولو تصدق على غنيين: لم يجوز عند أبي حنيفة، كألوبة من اثنين - لأن الصدقة تقع من

(١) كذا في «أوب و ح» . وفي الأصل: «ولهذا» .

(٢) في «أ و ح»: «ومحمد» وهو خطأ كما يتبين من المتن فيما تقدم (ص ٢٥٩) : قال الباقون في السأية شرح الهداية (١٢٨١٧) «أعلم أن التفصيل في ألوبة إما أن يكون ابتداء أو بعد الإجمال . فإن كان الأول: لم يجوز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كقوله «وهبت لك ثلثي» لشخص و «وهبت لك ثلث» لآخر أو بالتساوي كقوله لشخص «وهبت لك نصفه» ولآخر كذلك - ولم يذكره في الكتاب . وإن كان الثاني: لم يجوز عند أبي حنيفة «طلقا» أي سواء كان متفاضلا أو متساويا - مر على أصله . وجاز عند محمد «طلقا» - مر على أصله . وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة: ففي المفاضلة: لم يجوز ، وفي المساواة: جوز في رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله: وعن أبي يوسف فيه روايتان - هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف . وصاحب البهاية جعل قوله «ولو قال لأحدهما نصفها وللآخر نصفها» عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ، وقتل عن عامة النسخ من القديمة والإيضاح وغيرهما أنه لم يجوز بلا خلاف ، وليس بظاهر ، لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيا ... الخ» .

(٣) زاد هنا في «أ و ح»: «جاز» .

(٤) راجع فيما تقدم المأمضى ٢ .

(٥) «حصته» من ب .

(٦) «ولو تصدق بعشرة ... جاز» ليست في «أ و ح» .

المتصدق لله تعالى ، لالفقير ، فلا يتحقق الشروع ^(١) ، والصدقة من الفنين ^(٢) هبة : فلم تجز ، وقيل : على قوله : تجوز الصدقة من الفنين ، لأنه يجل لهما صدقة التطوع ^(٣) .

.

ولو وهب رجل لرجل مافي بطن جاريته أو غنمه أو مافي ضرعها ، أو وهب له سمنا في لبن ، أو زبدا قبل أن يمحض ^(٤) ، أو دهنًا في سمس قبل أن يصر ، أو زيتا في زيتون ، أو دقيقا في حنطة - وسلطه على قبضه عند الولادة ، وعند استخراج ذلك : فإنه لا يجوز ، لأن بعض هذه الأشياء معدوم عند العقد ، أو معجوز التسليم لمعنى في المحل ، أو مجهول حتى لا يكون محلا للبيع ، وإذا كان هكذا ، فيكون فاسدا ، لاموقوفا ^(٥) ، بخلاف ما ذكرنا من هبة المشاع ، والموهوب المتصل بغيره : حيث يجوز إذا سلم بعد الإفراز والفصل ، لأن المشاع ^(٦) قابل لحكمه ، لكن المانع هو العجز عن التسليم ، لمعنى في غيره ، فإذا زال المانع فيقلب جائزا .

.

(١) هكذا في ب . وفي الأصل واو - : « التبرع » : راجع المرغنياني ، الهداية ٧١ : ١٢٨ وكذا شروحها في خمس الصحيفة .

(٢) « من الفنين » ليست في ا و - .

(٣) في ب : « لأنه محل لصدقة التطوع » . وفي ا : « من التي لأنه محل التصديق التطوع » .

وفي - : « من التي لأنه محل التصرف للتطوع » .

(٤) غش اللبن في المخضنة وهي الإناء الذي يمحض فيه اللبن أي يشرب ويمرر حتى يخرج منه الزبد (المغرب) .

(٥) راجع ص ٦٢-٦٩ من الجزء الثاني .

(٦) زاد هنا في ا و ب و - : « محل » - والموهوب المتصل بغيره ... لأن

المشاع » ليست في ب .

ولو وهب جارية أو حيوانا ، واستثنى الحمل : جازت الهبة في الأم والحمل ، جميعا ، وبطل الاستثناء . وجملة هذا أن العقود على ثلاثة أضرب ^(١) :

أحدها - إذا عقد على الأم ، دون الحمل : فسد العقد ، وبطل الاستثناء ، وهو كالبيع والأجارة والرهن ، لأن الحمل تبع للأم في هذه العقود ، فكان موجه ثبوت الحكم في الكل ^(٢) ، فإذا استثنى الحمل فقد نفى بعض ^(٣) موجب العقد ، ففسد العقد ^(٤) .

والثاني - أن يصح ^(٥) فيه العقد ، ويبطل الاستثناء ، وذلك مثل النكاح والخلع ^(٦) والصلح عن دم الممد والهبة ، لأن موجه أن يثبت الحكم ^(٧) في الكل . وقد نفى ^(٨) بعض الموجب ، بالاستثناء ، فيكون شرطا فاسدا ، والهبة ^(٩) لا تبطل بالشروط الفاسدة .

والثالث - يجوز المقدوالاستثناء وهو الوصية ^(١٠) : إذا أوصى بحجارة وإلا حملها ، صحت الوصية في الجارية ، وبقي الحمل ^(١١) للورثة ، لأن الحمل

(١) في أ و ح : « أوجه » .

(٢) في أ و ح : « فكانت موجبة لثبوت الحكم » أ هـ .

(٣) « بقی » ساقطة من أ و ح . وفي ب : « وقد بقي بعض » .

(٤) « العقد » من ب .

(٥) في ب : « أن لا يصح » وهو خطأ .

(٦) « والخلع » من أ وب و ح . راجع « باب الخلع » ص ٢٩٩ وما بعدها من

الجزء الثاني .

(٧) « الحكم » من ب .

(٨) في ح : « بقي » .

(٩) ربما كان الأول أن يقول : « وهذه العقود » .

(١٠) في أ و ح : « والاستثناء في الوصية » .

(١١) في أ و ح : « في الجارية والحمل » .

أصل في حق هذا^(١) التصرف ، حتى يجوز الوصية بالحلل ، فجاز الاستثناء.

ولو أعتق مافي بطن جاريته ، ثم وهبها : جازت الهبة في الأم .
ولو دبر مافي بطن جاريته ، ثم وهبها^(٢) : لم يميز - فن أصحابنا من
قال في المسألة روايتان ، ومنهم^(٣) من فرق بين التدمير والاعتاق .

ولو وهب عبدا ، أو ثوبا ، أو عينا من الأعيان ، مفرزا ، مقسوما ،
ولم يأذن له في قبضه ، فقبضه الموهوب له^(٤) : فإن^(٥) كان بحضرة الواهب
يجوز استحسانا ، والقياس أن لا يجوز : ذكرها في الزيادات . وإذا^(٦) قام
من المجلس ، ثم قبض : لا يصح^(٧) ، لأن القبض في الهبة بمنزلة القبول
في حق إثبات الحكم ، وذلك يصح في المجلس لا بعده . كذلك هذا .
ولو وهب ديناه له ، على رجل ، لرجل^(٨) ، وأذن له بقبضه ممن عليه^(٩) :
جازت الهبة ، إذا قبض ذلك ، استحسانا ، والقياس أن لا^(١٠) يجوز ،
وهو قول زفر . ولو لم يأذن له في قبض الدين : لم تجز الهبة ، وإن

(١) « هذا » من أوب و .
(٢) « جازت الهبة في الأم ولو . » ثم وهبها « سابقة من . » راجع « باب المدير »
ص ٤١١ وما بعدها من الجزء الثاني .
(٣) « مكثا في أوب و . » وفي الأصل : « فنه » - راجع الكاشاني ، ٦ : ١٢٥ : ١٩ .
(٤) « له » من أوب و .
(٥) « التاء من ب . »
(٦) « في ب » « فإن » . وفي أوب و : « ولد » .
(٧) « في أ » : « لا يصح » .
(٨) « لرجل » من ب .
(٩) « في أوب و » : « في قبضه ممن له عليه » .
(١٠) « لا » « سابقة من . »

قبضه الموهوب له بحضرة الواهب^(١).

ولو وهب العارية ، أو الوديعة ، وكل أمانة في يد إنسان من صاحب اليد : فإنه يجوز ، ويثبت الملك للموهوب له ، وينوب قبض الأمانة عن قبض الهبة ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون قابضا حتى يتمكن من قبضه بالتخلى - ووجه^(٢) الاستحسان أن الهبة تبرع ، وقبض الأمانة ينوب عنه ، بخلاف ما إذا باع من المودع ، لأن البيع عقد ضمان ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان .

ولو كانت العين مضمونة في يد إنسان ، بالمثل أو بالقيمة ، كما في النصب والمقبوض على سوم الشراء ، فوهبها^(٣) من صاحب اليد : تصح الهبة ، ويرأ عن الضمان ، فيكون^(٤) قبضا غير مضمون .

ولو كانت مضمونة بغيرها ، كالرهن والمبيع^(٥) ، فوهبها المالك ، لمن^(٦) هي في يده - فإنه لا يكون قابضا بذلك^(٧) ما لم يقبضها^(٨)

(١) هنا تكرار في ب .

(٢) واو العطف من ا و ب وح .

(٣) في الأصل و ا و ب و ه : « ولو كان العين مضمونا ... فوهب (في ب : فوهب) »
فجعل العين مذكرا وسار على ذلك في القالب في هذه الفقرة والتي بعدها فجعلنا البارة على أساس أن « العين » مؤنثة .

(٤) في ب : « ويكون » .

(٥) لأن الرهن مضمون بالعين والمبيع مضمون بالثمن .

(٦) في ا و ب و ه : « فوهب ذلك لمن » .

(٧) كذا في ا و ب و ه وفي الأصل و ب : « فذلك » .

(٨) انظر الخامس بعد التالي .

قبضا مستأنفا بعد^(١) عقد الهبة ، لأنها إذا كانت مضمونة بغيرها لم تصح البراءة عنها^(٢) بالهبة ، فلا يصير قبض أمانة ، ولا بد من تجانس القبضين حتى يتساويا^(٣) .

. . .

ثم إذا صحت الهبة عند وجود شرائطها واحتجنا إلى :

بيانه الحكم - فنقول :

حكم الهبة ثبوت الملك^(٤) للموهوب له ، غير لازم ، حتى يصح الرجوع والفسخ^(٥) عندنا .

وعند الشافعي : يقع الملك لازما ، إلا في هبة الوالد لولده .

لكن يكره الرجوع في الهبة ، لأنه من باب الدائنة^(٦) .

وللموهوب له أن يمتنع عن الرد .

ولا يصح الرجوع إلا براض أو بقضاء القاضى ، لأنه فسخ بعد

تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعد القبض^(٧) .

(١) في أو : « عند » .

(٢) في الأصل وأردب و : « ما لم يقبضه ... لأ » إذا كان مضمونا بغيره لم يصح البراءة عنه . انظر الهامش ٣ من الصفحة السابقة .

(٣) في أو : « حتى يتساويا » .

(٤) في : « المال » .

(٥) والفسخ « من أو ب و » .

(٦) في : « الرضا » . والدائنة هي الحصة أو الحساسة ورجل دنى أى غيبس

(راجع العرب والمنجد) .

(٧) راجع في الجزء الثانى ص ١٣٩ وما بعدها .

وإنما يتمتع الرجوع بأسباب :

منها - للموض ، للحديث : « الواهب أحق بهبته مالم يثب منها » - أي يמוש^(١) .

ولكن الموض نوعان : عوض مشروط^(٢) في المقد ، وعوض متأخر عن المقد :

أما المشروط في المقد - بأن قال « وهبت لك هذا العبد على أن تموضني هذا الثوب » - < > حكمه^(٣) أن لكل واحد أن يرجع في السلمتين جميعا ، مالم يتقابضا . وإن^(٤) قبض أحدهما دون الآخر : كان للقابض وغير القابض الرجوع . فإذا تقابضا جميعا : انقطع الرجوع^(٥) ، وصار بمنزلة البيع^(٦) ، وإن كان عقده عقدة هبة ، حتى يرد كل واحد منهما^(٧) باليب ، ويرجع في الاستحقاق ، وتثبت الشفعة - وهذا عندنا ، وعند زفر : عقده عقد بيع - حتى^(٨) يشترط القبض عندنا^(٩) ، لثبوت الملك^(١٠)

(١) في أ و ح : « أي لم يמוש » . وفي ب : « أي مالم يמוש » .

(٢) في ح : « مشروط » انظر مايلي في المتن .

(٣) في الأصل و أ و ب و ح : « وحكمه » .

(٤) في أ و ح : « فإن » .

(٥) « فإذا تقابضا جميعا انقطع الرجوع » ليست في ب .

(٦) كذلك في ب و ح وفي الأصل و أ : « المبيع » .

(٧) « منها » ليست في ب .

(٨) « حتى » ليست في ح . وفي أ : « فيشترط » .

(٩) « عقدة » ليست في ب .

(١٠) « الملك » ليست في ح .

في هذه الهبة ، ولا يصح في الشيوع^(١) ، وعنده بخلافه .

فأما الموض المتأخر عن العقد - فهو لا يسقط الرجوع ، فلا يصير في معنى المعاوضة ، لا ابتداء ولا انتهاء ، وإنما يكون المال الثاني^(٢) عوضاً عن الأول بالإضافة إليه نصاً ، بأن أعطي للواهب شيئاً ، وقال « هذا عوض عن هبتك » أو « قد^(٣) نحللتك هذا عن هبتك » أو « كافأتك » أو « جازيتك » أو « أثبتك » أو قال « هذا بدل هبتك »^(٤) أو « مكان هبتك »^(٥) أو « قد^(٦) تصدقت بهذا عليك بدلاً من هبتك » - فإن هذا عوض في هذه الوجوه إذا وجد قبض^(٧) الموض ، ويكون الموض هبة : تصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة .

فأما إذا لم يضاف الموض إلى الهبة الأولى : « فإنها » تكون^(٨) هبة مبتدأة ، ويثبت حق^(٩) الرجوع في الهبتين جميعاً .

ومنها - الموض من حيث المعنى ، وهو ليس بموض مالى ، كالثواب

(١) في أو - : « في الشائع » .

(٢) « الثاني » من ب وليس فيها كلمة « المال » .

(٣) « قد » ليست في أو ب .

(٤) في أو - : « عن هبتك » .

(٥) هنا تكرار في ب .

(٦) « قد » ليست في ب .

(٧) في أو - : « وقبض » .

(٨) هكذا في أو ب و - وفي الأصل : « حيث تكون » .

(٩) « حق » ليست في أو - .

في الصدقة : فإنه يكون عوضا ماننا من الرجوع ، وكصلة الرحم المحرم^(١) ، وصلة الزوجية ، حتى لا يصح الرجوع في هبة ذوى الأرحام المحارم^(٢) ، وهبة الزوجين ، لأنه قد حصل الموض معنى .

ومنها - إذا زادت^(٣) في الهبة زيادة متصلة ، بفعل الموهوب له ، أو بفعل غيره ، بأن كانت جارية^(٤) مهزولة فسمت ، أو كانت دارا فبنى الموهوب له فيها بناء ، أو كانت أرضا ففرض فيها أشجارا ، أو^(٥) نصب فيها دولابا^(٦) ، وهو مثبت في الأرض مبنى فيها ، أو كان ثوبا فصبغه بصفر ، أو قطعه قيصا وخاطه ، لأن الموهوب اختلط بغيره ، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب ، فامتنع أصلا^(٧) .

فأما الزيادة المنفصلة ، كالأرض والولد والمقر^(٨) : > : لا تمنع^(٩) الرجوع ، لأنه يمكن القسح في الأم والأصل ، دونها ، بخلاف زوائد

(١) « المحرم » من أوب و .

(٢) في ب : « المحرمة » . وفي أ و هـ : « المحرم » .

(٣) في أ و ب و هـ : « زاد » .

(٤) « جارية » من أوب و .

(٥) « الهبة » من أوب و .

(٦) « الدولاب » بالفتح المتجاوز التي تحدها الدابة . و « الناعور » ما يديره الماء (بالقرب) .

وفي القاموس : « الدولاب بالضم ويفتح : شكل كالتاعورة يستقى به الماء - مغرب » . وفي الكشاف :

(٢٠١٢٩ : ٢) : « أو نصب دولابا وغير ذلك مما يستقى به » .

(٧) « أصلا » ليست في أ .

(٨) الأرض دية المراحات . والقمر سداق المرأة إذا وطئت بشبهة (المغرب) - وراح

فيها تدمر ١٥١ وما بعدها و ٢١٢ وما بعدها .

(٩) هكذا في أوب و هـ . وفي الأصل : « لا يمكن » .

المبيع ، لأن ثم يؤدي إلى الربا ، لأنه عقد معاوضة ، بخلاف الهبة .
وأما نقصان الموهوب : <ف> لا يمنع الرجوع ، لأنه فات بعضه ؛ ولو
كان السكل قائما فرجع في البعز دون البعز ، جاز - فكذا^(١) هذا .
ومنها - خروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، بأن باع أو وهب ،
لأن اختلاف المالكين^(٢) كاختلاف المئين .

وكذا إذا مات الموهوب له ، لأن الملك^(٣) ينتقل إلى ورثته .

وكذا إذا مات الواهب ، لأنه ينتقل إلى ورثته .

وكذا لو هلك الموهوب ، لأنه زال الملك ، فلا يحتمل الفسخ .

ثم الرجوع في الهبة بغير القضاء^(٤) : فسخ عندنا - حتى يجوز في المشاع ،
ولا يشترط القبض ، خلافا لزر - والمسألة معروفة .

ولو وهب رجل لابنه الصغير شيئا - صححت الهبة ، لأن قبض الأب
كقبضه ، وكذا قبض جده بعمه^(٥) ، وقبض وصي الأب ، والجدة بعمها ،
حتى لو وهب هؤلاء من الصغير^(٦) ، والمال في أيديهم - صححت الهبة ،
ويصيرون قابضين للصغير ، وعلى هذا قالوا : إذا باع الأب ماله ، من

(١) لقاء من اوب و ح .

(٢) في ب : « المئين » .

(٣) « لأن الملك » ليست في ح .

(٤) « القضاء » ساقطة من ا و ح .

(٥) « بعمه » ليست في ا .

(٦) في ا و ح : « من الصغير والموهوب » .

ابنه الصغير ، ثم هلك الميع عقيب الميع ، كان الملاك على الصغير ، لأنه صار قابضا بقبض الأب .

وكذلك لو وهب أجنبي للصغير شيئا ، قبض ذلك أحد هؤلاء الأربعة ، لأن لهم ولاية التصرف في ماله .

ومن غاب منهم غيبة منقطعة ، فالولاية^(١) تنتقل إلى الأبعد ، كما في ولاية النكاح .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء عنه ، أجنبيا كان أو ذا رحم محرم منه ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، إلا إذا كان الصغير في حجره وعياله ، فيكون قبضه للبه بمنزلة إيصال النفع إليه ، ويكون من باب الحفظ .

ولو قبض الصغير ، الماقل ، ما وهب له واحد من هؤلاء الأربعة - جاز قبضه^(٢) ، استحسانا ، والقياس أن لا يجوز^(٣) ، لأن هذا من باب النفع ، وقبض هؤلاء جائز عليه أيضا ، وإن كان عاقلا ، لأن النظر الكامل في هذا أن يملك كل واحد منهما ذلك^(٤)

ولو وهب الأب مال الصغير : لا يجوز ، لأنه تبرع . ولو وهب بشرط

(١) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ولو غاب منهم غيبة منقطعة ، فانوا : ان ينتقل ... » .

(٢) « قبضه » ليست في ب .

(٣) « والقياس أن لا يجوز » من ا و ب و ح .

(٤) في ا و ح : « لأن نظر الماقل أن يملك كل واحد منهم ذلك » راجع : السرخسي .

المبسوط : ١٢ : ٦٢ والبارقي ، الناية : ٧ : ١٢٦ .

الموض، وقبل (١) الآخر الموض - لم يجوز ذلك (٢) في قول (٣) أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز - فأبو حنيفة اعتبر نفس الهبة، وهي من باب التبرع، ولا يملك الأب ذلك، ومحمد يقول: هذا (٤) بمعنى البيع. وعلى هذا الخلاف (٥): المأذون والمكاتب، وإذا وهبا بشرط الموض - لم يجوز، عندهما - خلافا له.

. . .

ولو وهب رجل، لعبد ورجل - فإن القبول والقبض إلى العبد، دون مولاه، ويكون الملك للمولى بحكم أنه كسب عبده لأن الفرض هو وجه العبد (٦) فيكون هبة له، ولا يجوز قبض المولى (٧) وقبوله عنه، سواء كان على العبد دين أو لم يكن، لأنه هبة للعبد. وكذلك الجواب في المكاتب: أن قبول الهبة وقبضها إليه، دون مولاه، لأنه أحق بكسبه.

ويكون للواهب الرجوع إذا كان العبد أجنبيا في حقه، وإن كان (٨)

(١) في أو - « وقبض » .

(٢) « ذلك » من أو ب و - .

(٣) في - « عند » .

(٤) « هذا » ليست في ب . وفي ا : « هي » . وفي - : « هو » .

(٥) « الخلاف » من أو ب و - .

(٦) « الفرض هو وجه العبد » هكذا في أو - . وفي الأصل العبارة غير مفهومة .

(٧) « ويكون الملك للمولى ... قبض المولى » ليست في ب .

(٨) « ولا كان » من ب . وفي الأصل بدلها : « فإن انتقل انتقل ... » وفي أو - :

« وإن » فقط .

انتقل الملك إلى مولاه، لأن ملك العبد غير مستقر فيه^(١)، فكان الملك وقع للمولى ابتداء.

وكذلك في المكاتب : إن عتق فظاهر ، لأنه استقر ملكه ، وإن عجز ، وصار كسبه للمولى ، فله حق الرجوع في قول أبي يوسف ولم يجز الرجوع في قول محمد - بناء على أن عند أبي يوسف : كأن الملك وقع للمولى من الابتداء ، وعند محمد : كأنه ثبت من وقت العجز .

ولو وهب الرجل لعبد رجل هبة ، والواهب ذو رحم محرم من العبد ، دون المولى^(٢) ، فإنه يرجع^(٣) ، بالاتفاق^(٤) . وأما إذا كان المولى ذا رحم محرم^(٥) من الواهب دون العبد : < ف > عند أبي حنيفة : يرجع أيضا ، وعندهما : لا يرجع - وهذا بناء على أن الملك في الهبة^(٦) يقع للمولى ، فيكون هبة من المولى عندهما ، وإن كان ذا رحم محرم^(٧) : لا يرجع ، وإن كان أجنبيا : يرجع ، ولا عبرة لجانب العبد ، وعند أبي حنيفة : هذا

(١) في ب : « غير مستقر من وجه » . وفيها وردت عبارة « لأن ملك العبد غير مستقر بعد عبارة » وقع للمولى ابتداء « الآية .

(٢) انظر الهامش بعد التالي .

(٣) في ا و ح : « لا يرجع » والصحيح ما في المتن - راجع السرخسي ، المبسوط ١٢٠ :

٥٨ : ٤١ من أسفل .

(٤) في ا و ح : « البارة كالآتي » : ولو وهب رجل لعبد رجل هبة : أجموا أن العبد إذا كان ذا رحم محرم من الواهب فإنه لا يرجع (وفي ب : يرجع) « ٥١ » .

(٥) « محرم » من ا و ب و ح .

(٦) « في الهبة » ليست في ا و ح .

(٧) « محرم » من ا و ح .

هبة للمولى من وجهه، وللعبد^(١) من وجهه، فلا تكون^(٢) صلة كاملة فى حق^(٣) كل واحد على الافراد، والصلة الكاملة مانعة للرجوع^(٤)، فلا^(٥) تتمدى إلى الصلة من وجهه.

فأما إذا كانا جميعا ذوى^(٦) رحم محرم^(٧) من الواهب : ذكر أبو الحسن الكرخي^(٨) عن محمد أن قياس قول أبي حنيفة : أن يرجع، لأنه لم يكن لكل واحد منها^(٩) صلة كاملة.

وقال أبو جعفر الهندواني^(١٠) : ليس له أن يرجع فى قولهم جميعا^(١١)، لأن الهبة - لآيهما كانت - تمنع الرجوع^(١٢).

وعلى هذا التفريع : لو وهب للمكاتب وهو^(١٣) ذو رحم محرم من الواهب، أو مولاه ذو رحم محرم^(١٤) من الواهب :

(١) فى ا و هـ : « هبة من المولى ... من العبد » .

(٢) فى ب و هـ : « ولا يكون » . ونى ا : « فلا يكون » .

(٣) « حق » من ا و ب و هـ .

(٤) فى ا و هـ : « من الرجوع » .

(٥) فى هـ : « ولا » .

(٦) فى ا و هـ : « كانوا جميعا ذوى » - والمقصود المولى والعبد .

(٧) « محرم » من ا و ب و هـ .

(٨) « الكرخي » من ا و هـ . وكذا فى السرخسي ، البسيط : ١٢ : ٦٥ .

(٩) منها « من ا و هـ » .

(١٠) راجع ترجمته فى الجزء الأول فى الفهامى ص ١٩ من المقدمة

(١١) « جميعا » من ا .

(١٢) « الرجوع » ليست فى ا و هـ .

(١٣) « المكاتب وهو » ليست فى ا و هـ . وفى ب : « المكاتب وهو » .

(١٤) « محرم » من ب .

فإن أدى المكاتب : اعتبر حاله ، لآئنه استقر ملكه بالعتق .
وإن عجز : ففى ^(١) قياس قول أبي حنيفة : يعتبر حال المولى ، كأن
الربة وقمت له من الابتداء . وعند محمد : لا يرجع ، لأن الكسب كان
للمكاتب ، وعند السجز ينتقل ^(٢) إلى المولى .

. . .

ولو وهب الرجل أولاده ^(٣) ، فسلم إلى الكبار حصتهم ، وقبض هو
حصصة الصغار - جاز ، لما قلنا . ولكن ينبغي أن يسوى بين أولاده ، فى
الربة ، فى قول أبي يوسف ، وفى قول محمد : يجزيه إن أعطاهم ^(٤) على
قدر موارثهم - والله أعلم بالصواب .

(١) فى او - : « فلى » .

(٢) فى او - : « انتل » .

(٣) فى او ب - : « لأولاده » .

(٤) فى او - : « أن يطعمهم » .

كتاب الوديعة

اعلم^(١) أن عقد الوديعة مشروع ، ومندوب إليه ، لأن فيه إعانة لصاحبها^(٢) لحفظ^(٣) ماله ، والله تعالى يقول : « وتعاونوا على البر والتقوى »^(٤) .

ثم عقد الوديعة استحقاق من المودع ، واثمان له^(٥) ، فتكون الوديعة أمانة في يد المودع ، لوجود الاثمان من المودع ، ويلزمه حفظ^(٦) ، إذا قبل الوديعة ، لأنه التزم الحفظ ، فيجب عليه أن يحفظ على الوجه الذي يحفظ ماله ، بحرزه ، وييده^(٧) ، ويبد من كان ماله^(٨) في يده - نفي^(٩) بحرزه : الذي هو ملكه ، أو يستأجره ، أو يستعيره ، وليس الشرط أن يحفظه

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : اعلم » .

(٢) في ا و ح : « لصاحبه » .

(٣) في ا و ب و ح : « بحفظ » .

(٤) المائدة : ٢ والآية : « يا أيها الذين آمنوا لا تحملوا ثِمَارَ اللَّهِ ولا ثِمَارَ الْبَرِّ ولا تاتوا بها من دمائهم وأولئك هم الفاسقون » ولا يحرمكم شأن قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تتدوا وتعاونوا على البر والتقوى ولا تناووا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب » .

(٥) « له » ليست في ا و ح .

(٦) في ا و ح : « الحفظ » .

(٧) « ويده » من ب .

(٨) « ماله » ليست في ا و ح .

(٩) في ا و ب و ح : « نفي » .

فى الحرز الذى يحفظ^(١) فيه ماله . ونفى يده^(٢) من كان ماله فى يده^(٣) :
كل من كان فى عياله ، حتى المستأجر^(٤) الذى استأجره مشاهرة بنفقته
وكسوته ، دون الذى استأجره بالدرهم أو المستأجر مياومة ، ويدخل فيه
العبد المأذون الذى^(٥) فى يده ماله ، وشريك المعاوضة والعتان^(٦) ، وإن
لم يكونوا فى عياله .

. . .

ثم إذا أخرجه من يده ، ودفعه إلى غيره ، ودية: يصير ضامنا ، لأنه
رضى بحفظه ، دون حفظ غيره ، من غير^(٧) ضرورة ، حتى إذا وقع الحريق
ونحوه فى داره^(٨) فأودع غيره : لا يضمن .

وأما مودع المودع - هل يضمن لو هلكت الوديعة؟ فنجد أبى حنيفة:
لا يضمن ، وعند أبى يوسف ومحمد: يضمن ، والمالك بالخيار : إن شاء ضمن
المودع الأول ، وإن شاء ضمن^(٩) الثانى ؛ فإن ضمن الأول : لا يرجع على
الثانى ، وإن ضمن الثانى : يرجع على الأول .

(١) « فى الحرز الذى يحفظ » ساقطة من أ .

(٢) « يده » ليست فى أ و ح وثيها : « يده » وفى ب : « ويمنى يده » .

(٣) زاد فى أ و ح هنا : « حتى يدخل فيه » .

(٤) كذا فى أ و ب . وفى ح : « على المستأجر » . وفى الأصل : « حتى إن المستأجر » .

(٥) « الذى » من أ و ب و ح .

(٦) « والعتان » ليست فى ح بل فيها « والشريك المعاوض » فقط . وفى أ و ب : « والشريك

المعاوض وشريك العتات » . وراجع فيما تقدم من أ وما بعدها .

(٧) « من غير » ليست فى أ و ح .

(٨) « فى داره » من أ وثيها : « فى داره فأودع عند غيره » . وفى ح : « فى داره » .

(٩) « ضمن » من أ و ب و ح .

ولو استهلك الثاني الوديعه: فلصاحب الوديعه الخيار في تضمينها: فإن ضمن الأول: يرجع < الأول > على الثاني^(١)، لأنه يصير ملكا له، بالضمان، فكأنه أودع ماله عنده^(٢)، وإن ضمن الثاني: لا^(٣) يرجع على الأول - والمسألة معروفة .

. . .

فإن استرد المودع الأول ، من الثاني ، وحفظه^(٤) بنفسه : يبرأ عن الضمان ، عندنا - خلافا للشافعي .

وعلى هذا: إذا استعمل الوديعه ، بأن ركب الدابة ، وليس الثوب - ثم نزل ، وزرع : يبرأ أمينا، عندنا ، خلافا للشافعي - والمسألة معروفة^(٥) . وفي المستأجر والمستعير ، إذا خالفا ، ثم تركا الخلاف : بقي الضمان - وعند بعضهم : هذا^(٦) بمنزلة المودع .

. . .

ولو سافر بالوديعه : لا يضمن ، عند أبي حنيفة ، ولو أودع إنسانا :

(١) « ولأن ضمن الثاني ... يرجع على الثاني » يستقى ا ب و ح - راجع: الكاساني، ٦ : ٢٠٨ وما بعده .

(٢) « فكأنه ... عنده » يستقى في ا و ح .

(٣) « لا » يستقى في ا ب و ح - والصحيح ما في المتن (راجع الكاساني ، ٦ : ٢٠٨) من أسفل .

(٤) ق ب : « وحفظ » .

(٥) ق ا ب و ح زيادة فيها : « والمسألة معروفة : أن المودع إذا خالف في الوديعه ثم عاد للوفاء » .

(٦) في ا و ح : « مما » .

ضمن . وعندهما^(١) : يضمن - والمسألة معروفة^(٢) .

. . .

ولو رد الوديعة إلى بيت المودع ، من غير حضرة المودع : يضمن . وكذا إذا رد إلى يد من في عيال المالك ، لأنه لم يرض يدهم حيث أودع ، وفي الإجارة والعارية : لا يضمن ، لمادة الناس ، حتى إن العارية إذا كانت شيئاً تقيساً - قالوا : يضمن ، وقبل^(٣) أيضاً في الثياب كذلك ، وإنما المادة في بعض آلات البيت^(٤) .

ولو بعث الوديعة مع^(٥) من كان في عياله : لا يضمن .

. . .

ولو قال له^(٦) : « احفظها في هذه الدار ولا تحفظ في هذا البيت » ، وإنه مثل غيره في الحرز - < ف > لو حفظ في غيره : لا يضمن^(٧) ، بخلاف الدارين .

ولو قال : « احفظ في هذا المصرا ولا يخرج » - يجب عليه الحفظ^(٨) في

(١) « عندهما » ساقطة من ا. و . ه . طبعها : « ويضمن » .

(٢) في الكسائي (٦ : ٢٠٩ : ١٥) : « وله أن يحفظ في الحفر والسر بأن يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان الوديعة حل ومثونة أو لم يكن . وعند أبي يوسف وعبد : إن كان لها حل ومثونة : لا يملك المسافر بها . وإن لم يكن : يملك . وقال الشافعي رحمه الله : لا يملك كفيها كان » .

(٣) في ب : « وقالوا » .

(٤) زاد في ا. و . ه : « مثل التباش ونحوه » . وفي ب : « مثل التباش » .

(٥) هكذا في ا. و . ه . وفي الاصل : « لل » .

(٦) « له » من ب .

(٧) في ا. و . ه : « في الحرز تسقطه فيه : لا يضمن » .

(٨) « الحفظ » من ب . وفي ا. و . ه : « حفظه » .

ذلك المصّر ، إلا إذا كان ثمة عذر ظاهر ، بأن قصد السلطان أخذه ، فأخرج < ه > مع نفسه ^(١) .

ولو قال المودع : « هلكت الوديعة عندي » أو « رددتها إليك » ، وأنكر المودع وقال : « لا » ^(٢) ، إبل أتلفتها » - فالقول قول المودع ، لأنه أمين في ذلك ، ولكن مع اليقين ، لأنه لو أقر بذلك يلزمه ، فإن أقام المودع اليقنة على الإيتلاف : يضمن المودع ^(٣) . وكذا إذا حلف المودع على الإيتلاف ، فنكل . فلو أقام المودع اليقنة على أنه أتلفها المودع ^(٤) ، وأقام المودع ^(٥) اليقنة على أنها هلكت ، فيقنة المودع أولى ، لأنها أكثر إثباتا . ولو أقام على إقرار المودع أنها ^(٦) هلكت : يقبل ، ويكون إكذابا ليقنته ^(٧) .

ولو طلب المودع يمين المودع : « بالله ما يعلم أنها هلكت » - فالقاضي يحلفه - فإن حلف : يقضى ^(٨) بالضمان ، وإن نكل : يقضى بالبراءة .

(١) « مع نفسه » من اوب و . وفي الأصل : « فأخرج صح » .

(٢) « لا » ليست في اوب و . وفي ب : « لا إبل أتلفها » .

(٣) في اوب و : « فإن أقام المودع اليقنة على أنها هلكت فيقنة المودع أولى » .

(٤) « فلو أقام المودع ... المودع » من اوب و .

(٥) « وأقام المودع » سابقة من .

(٦) كذا في اوب و . وفي الأصل : « على أنها » .

(٧) « كذا » : « قليل ويكون إكذابا باليقنة » . وفي ا : « تقبل ويكون إكذابا باليقنة » .

(٨) في اوب و : « كذا » : « بلى » .

وعلى هذا - إذا جحد الوديمة : فالقول قوله .

ولو أقام المودع اليئة على الوديمة : يضمن المودع - فإن أقر بالوديمة ، وأقام المودع اليئة على أنها هلكت قبل جحوده الوديمة : لا يقبل ، لأنه بالجحود أ كذب بيته^(١) . وإن أقام على إقرار المودع ، بذلك : يقبل .
ولو طلب من القاضى أن يحلف المودع « بالله ما يعلم أن الوديمة هلكت قبل جحوده إياها » : يحلفه^(٢) - فإن حلف : يقضى بالضمان ، وإن نكل : يقضى بالبرائة .

. . .

ولو أودع رجلان عند رجل وديمة ، وغابا ، ثم حضر أحدهما : <ف> ليس له أن يدفع إليه حصته ، ما لم يجتمعا ، وإن طلب منه عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يقسم ، ويدفع إليه^(٣) حصته ، ولا تصح القسمة في حق الغائب ، حتى لو هلك النصف الباقي^(٤) في يده ، يكون للغائب أن يأخذ من المودع نصفه الآخر^(٥) .

ولو أودع رجل عند رجلين وديمة مما يقسم ، فلهما أن يقسما ، ويأخذ كل واحد نصفه ، للحفظ ، لأنه رضى بحفظهما ، وأمكن من هذا الوجه .

(١) في او - : « أ كذب بيته » .

(٢) « يحلفه » من ب .

(٣) « إليه » من او ب و - .

(٤) « الباقي » ليست في ا .

(٥) « الآخر » من ب . وفي - : « من المودع الآخر نصفه » . وفي ا : « من المودع

للآخر نصفه » .

ولو دفع^(١) أحدهما كله إلى صاحبه : ضمن النصف عند أبي حنيفة ،
لأنه رضى بحفظها ، لا يحفظ أحدهما ، وعندهما : لا يضمن .
وأجموا أنها إذا كانت لا تقسم : لا يضمن ، لأنه لا يمكن حفظها^(٢)
في مكان واحد ، فكان راضيا بحفظ أحدهما .
وعلى هذا - الخلاف في المرتين ، والوكيلين بالتبض .

ولو خلط الوديمة بمال نفسه : إن كان يمكن التمييز : لا شيء عليه
ويعيز ، وإن كان لا يمكن التمييز : يضمن الحافظ عند أبي حنيفة مثله
لصاحبه^(٣) .

وكذلك إذا كانت وديمتان ، فخلط إحداها بالآخرى : يضمن مثل
ذلك لصاحبها^(٤) ، وإذا أدى الضمان : حل له ذلك ، وعندهما : في الدراهم
والدنانير : إن شاء المالك : ضمنه مثله ، وإن شاء : أخذ نصف المخلوط^(٥) .

(١) في ا و ح : « أودع » .

(٢) في ا و ب : « لا يمكنها حفظها إلا » . وفي ح : « لا يمكنها حفظها إلا » .

(٣) في ا و ب و ح : « يضمن الحافظ عند أبي حنيفة ويضمن مثله لصاحبه » .

(٤) هكذا في ب . وفيها : « لصاحبها وملكيها » ولها : « وهالكها » . وفي
الأصل : « فخلط أحدهما يضمن لصاحبه » . وفي ا و ح مثل ما في ب فلا أن فيها : « لصاحبها » -
قال الكاساني (٦ : ٢١٣ : ١٢) : « ولو أودعه رجلان ، كل واحد منهما ألف درهم ، فخلط
الودع المائتين خلط لا يتميز : فلا يسأل لها على أخذ الدرهم ، ويضمن المودع لكل واحد منهما
ألفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : هما بالخيار : إن شاء اقتسا
المخلوط نصيبين وإن شاء ضمنا المودع ألفين ، وعلى هذا الخلاف سائر الكليات والموزونات إذا
خلط الجنس بالجنس خلط لا يتميز ، كالحنطة بالحنطة والتبشير بالتبشير والذهن بالذهن » .
(٥) في ا و ح : « النصف المخلوط » .

وكذا في الوديعتين، وفي سائر المكيلات^(١) والموزونات: إن شأ
ضمنه^(٢) كل واحد مثل حقه، وإن شأ أباعا^(٣) المخلوط وقبضا^(٤) الثمن
ويأخذ صاحب الحنطة ثمن^(٥) الحنطة، غير^(٦) مخلوط بالشعير، ويأخذ
صاحب الشعير ثمن الشعير غير مخلوط بالحنطة.

. . .

ولو مات المودع، ولم يبين الوديعة: <فإن كانت معروفة، وهي
قائمة: رد إلى صاحبها. وإن لم تعرف^(٧): يضمن، ويكون صاحبها شريكا
للقرماء - والله تعالى أعلم.

(١) في ب: «في الوديعتين في المكيلات».

(٢) في ب: «ضمنه»، وفي او: «إن شاء ضمن».

(٣) في ج: «باع».

(٤) في او ب و ج: «واقبها».

(٥) في ب: «مثل».

(٦) «غير» ليست في او ب و ج: «الحنطة مخلوطا». وكذا في الكسانى (٢١٣: ٦).

١٩ (فقد قال: «لو أودعه رجل حنطة وآخر شعيرا فخلطها فهو ضامن لكل واحد منهما مثل
حقه عند أبي حنيفة، لأن الخلط إلتلاف، وعندما: لما أن يأخذ البين ويبيهاها ويقبضها الثمن على
قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لأن قيمة الحنطة تنقص بمخلوط
الشعير وهو يستحق الثمن بقيام الحق في البين وهو مستحق البين بخلاف قيمة الشعير لأن قيمة
الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك البين فلا يستحقها صاحب الشعير ».

(٧) في ب: «وإن تبرت».

كتاب العارية

اعلم^(١) أن إطلاق اسم العارية في العرف بطريقتين: بطريق الحقيقة،
وبطريق المجاز .

أما بطريق^(٢) الحقيقة :

فهو إعارة^(٣) الأعيان التي ينتفع بها ، مع قيامها ، كالودع والميد
والدواب ونحوها ، وهو تملك منافع^(٤) الأعيان ، عند عامة المشايخ .
وقال الكرخي^(٥) : إنه عقد إباحة ، فإنه ليس للمستعير أن يؤجر ،
ولو كان تملكاً للملك الإجارة^(٦) ، كالمستأجر : يملك أن يؤجر .

لكن هذا ليس بصحيح ، فإنه يملك أن يبيع ، ولو كان إباحة
لكان لا يملك ، كالمباح له الطعام : لا يملك الدفع إلى غيره ، إلا أنه لا يملك

(١) في أ - هـ : « قال رحمه الله : اعلم » .

(٢) في ب : « طريق » .

(٣) في أ - هـ : « عارية » .

(٤) « منافع » من أ - هـ .

(٥) في الكاساني (٦ : ٢١٤ : ٨ من أسفل) : « وعنه الشافعي » . ونسب المرغباني

في البداية (٧ : ١٠٠) هذا القول للكرخي أيضاً ، ونسب قاضي زاده للكرخي
والشافعي نتائج الاشتكاف (٧ : ١٠٠) .

(٦) « الإجارة » من أ - هـ .

الإجارة ، لأنه عقد لازم ، والعارية تبرع ، فكيف يملك به ما هو لازم ، فيؤدى إلى تغيير^(١) المشروع ؟
نعم العارية أمانة عندنا ، وعند الشافعى : مضمونة - وهى مسألة مبرورة^(٢) .

ولو شرط الضمان فى العارية - هل يصح ؟ المشايخ يختلفون فيه .
وأما بطريق المجاز :

فهو إعادة المكيل والموزون ، وكل مالا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، فهو قرض حقيقة ، ولكن يسمى عارية مجازا ، لأنه لما رضى بالانتفاع به باستهلاكه^(٣) يبدل ، كان تملكه^(٤) يبدل ، وهو تفسير القرض ، ولا يلزم الأجل فيه ، كما فى العارية^(٥) .
. . .

نعم العارية قد تكون مطلقه وقد تكون مقيدة :
فالمطلقة :

أن يستعير شيئا ، ولم يبين أنه يستعمله بنفسه أو بغيره ، ولم يبين كيفية الاستعمال .

وحكمها أنه ينزل منزلة المالك ، فكل ما ينتفع به المالك ، ينتفع به

(١) فى او ح : « تغيير » .

(٢) « وهى مسألة مبرورة » من او ب و ح .

(٣) « فهو قرض حقيقة ... به باستهلاكه » ليست فى او ح .

(٤) « له » ليست فى او ح . وفى ب : « منه » .

(٥) راجع فيها قدم ص ٤٦ - ٤٧

المستدير^(١) من الركوب والجل ، وله أن يركب غيره . ولكن يحمل
بقدر المعتاد ، لازيادة عليه ، لأن الزيادة تكون إتلافا^(٢) .

. . .

فأما إذا بين أنه يستعمله بنفسه - فهذا على وجهين :
إن كان مما يتفاوت الناس في استعماله^(٣) ، كالركوب واللبس : فإنه
يختص به ، ولا يجوز له أن يركب غيره ، وأن يلبس غيره .
وإن كان شيئاً لا يتفاوت ، كسكنى الدار : فله أن يبيع غيره .
وكذا إذا سمى وقتاً أو مكاناً ، فجاوز^(٤) ذلك المكان أو زاد على
الوقت : يضمن ، لأن التخصيص مفيد .

فأما إذا بين مقدار الجل والجنس^(٥) : فإن حمله عليه أو زاد^(٦) : يضمن ،
بقدر الزيادة^(٧) . ولو حمل عليه شيئاً بخلاف^(٨) جنسه : < ف > إن كان مثله
في الخفة أو أخف منه : لا يضمن ، وإن كان أثقل منه : يضمن^(٩) ، إلا .

(١) هكذا في أ و ب و هـ . وفي الأصل كذا : « يتنح به البير » .

(٢) في أ و ب و هـ : « لا زيادة عليه فيكون إتلافاً » .

(٣) هكذا في أ و هـ . وفي الأصل ب و : « في الاستعمال » .

(٤) في أ و ب و هـ : « تجاوز عن » .

(٥) « والجنس » من أ و ب و هـ .

(٦) في أ و هـ : « فإن حل عليه من الجنس المذكور وزاد عليه يضمن » . وفي ب : « فإن

حل عليه من جنس المذكور فزاد يضمن » .

(٧) « بقدر الزيادة » من ب .

(٨) في أ و ب و هـ : « ولو حل عليه زيادة متباعدة بخلاف » .

(٩) « يضمن » سابقة في أ و هـ .

إذا كان شيئاً فيه زيادة^(١) ضرر بالدابة^(٢) : <ف> يضمن^(٣) ، وإن كان مثله في الوزن والثقل ، بأن استمار دابة ليحمل عليها مائة من من القطن ، فحمل عليها مائة من من الحديد : فإنه^(٤) يضمن ، لأن ثقل الحديد يكون في موضع واحد ، وثقل القطن يتفرق على جميع ظهرها وبطنها^(٥) . وإن كان أثقل منه : <ف> إن كان من الجنس^(٦) المذكور : يضمن بقدر الزيادة ، وإن كان من خلاف الجنس : يضمن كل^(٧) القيمة^(٨) .

وليس للمستعير أن يؤاجر^(٩) لما ذكرنا - فإن فعل : فهو ضامن من حين سلمه^(١٠) إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار : إن شاء ضمن المستعير ، وإن شاء ضمن المستأجر ، لوجود التمدى^(١١) منها - فإن ضمن المستعير : لم يرجع على المستأجر ، لأنه ملك المين بالضيان ، فكأنه آجر ملك نفسه ، فهلك . وإن ضمن المستأجر : <ف> إن كان لا يعلم أنه عارية ، يرجع على المستعير ،

(١) « زيادة » من ا و ح .

(٢) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الدواب » .

(٣) « يضمن » ليست في ب و ح .

(٤) « فإنه » من ب .

(٥) كذلك في ا و ح . وفي الأصل : « ظهره وبطنه » .

(٦) في ب و ح : « جنس » . انظر الهامشين التاليين .

(٧) في ا و ح : « كل واحد القيمة » . راجع الهامش السابق وانظر الهامش التالي .

(٨) « وإن كان أثقل منه ... القيمة » من ا و ب و ح مع ملاحظة ما ورد في

الهامشين السابقين .

(٩) في ا و ح : « يؤاجرها » .

(١٠) في ا : « من حين سلم » . وفي ح : « فهو ضامن حين سلم » .

(١١) في ا و ح : « منها » .

لأنه ضمن الدرك^(١) ، بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غرورا ؛ فأما إذا كان يعلم : فلا يرجع ، لأنه لا غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

ولو استعار أَوْضاعاً على أن يبني^(٢) فيها بناء ، أو يفرس فيها غرساً^(٣) -
> فإما إن كان مطلقاً أو مؤقتاً إلى عشر سنين ونحوه :

فإن كان مطلقاً - فبني فيها أو^(٤) غرس : فلصاحب الأرض أن يستردّها ، في أي وقت شاء ، لأن العارية غير لازمة ، وعلى المستعير^(٥) أن يأخذ غرسه وبنائه ، لأنه شغل أرض غيره ولم يرض صاحبه بذلك ، وليس للمستعير أن يضمن المير قيمة غرسه وبنائه ويترك ذلك^(٦) عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور^(٧) ، لأن العارية تسترد على كل حال^(٨) .
وعلى قول مالك : له أن يرجع عليه .

وإن كان مؤقتاً - فله أن يسترد أيضاً^(٩) ، لكن المستعير بالخيار : إن شاء

(١) قال الزيلعي (٧٠: ٦) : « الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع » - وبعبارة أخرى : « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » (البارقي ، النواة ، ٩ : ٨٦) .
(٢) في أو - : « لبن » .
(٣) فيها غرساً : من أو ب و - .
(٤) في أو ب و - : « و » .
(٥) في أو ب و - : « وللمستعير » .
(٦) ذلك : من أو ب و - .
(٧) في أ : « الفرر » . وفي ب : « الفرقة » . وفي ب كذلك : « لم يوجد التبر ولأن » .
(٨) « على كل حال » من أو ب و - .
(٩) في ب : « فله أن يرجع أيضاً ويسترد » . وفي أ : « فله أن يرجع أيضاً ويسترد » .

ضمن المعير قيمة غرسه ، وبنائه ، ويترك ذلك عليه ^(١) ، لأنه غره حيث وقت وقتا طويلا ، ثم استرد قبل مضيه ، وإن شاء أخذ غرسه وبناه ^(٢) .
 إن ^(٣) لم ^(٤) يضر القلع بأرض المعير ، فأما إذا كان يضر به ^(٥) ، فالخيار للمعير : إن شاء أخذ الفرس والبناء ، بالضمان ، وإن شاء رضى بالقطع ^(٦) .
 فأما إذا أعار الأرض ، ليزرع ، فزروع ^(٧) ، ثم أراد أن يسترد والزروع غير مدرك : <ف> ليس له ذلك . وتبقى الأرض ^(٨) في يده ، بطريق الإجارة ، إلى أن يأخذ الثلة ، لأن هذه مدة يسيرة معلومة فيه ^(٩) ، وفيه نظر من الجانبين ، بخلاف الفرس والبناء : فإنه ^(١٠) لو انقلبت إجارة ، يتضرر ^(١١) به المعير ، لطول المدة .

وإن اختلف المعير والمستعير في عدد الأيام ، أو في مقدار الحمل ، أو في المسكان - فالقول قول المعير ، لأن المستعير قابض ^(١٢) لنفسه ، فيكون سقوط الضمان بناء على الإذن له ^(١٣) و ^(١٤) .

-
- (١) في أ و ح : « له » . وانظر الخامس التالي .
 (٢) « ويترك ذلك ... غرسه وبناه » ليست في ب .
 (٣) في ب : « وإن » .
 (٤) « لم » ليست في أ و ح .
 (٥) « به » ليست في ب .
 (٦) في أ و ح : « بالقطع » .
 (٧) « فزروع » ليست في أ و ح .
 (٨) « الأرض » من أ و ح .
 (٩) « فيه » ليست في أ و ح .
 (١٠) في أ و ح : « بخلاف العارية في الفرس فإنه » .
 (١١) في أ و ح : « يتضرر » .
 (١٢) في ب : « قابض » .
 (١٣) « له » ليست في أ و ح . (١٤) زاد في ب : « والله أعلم بالصواب » .

كتاب الدعوى والبيّنات

الدعوى ^(١) نوعان : صحيحة ، وفاسدة .

أما الصحيحة - < ف > أن يوجد فيها شرائط الصحة ، بأن ^(٢) يدعى على خصم ، حاضر ؛ وأن يكون المدعى به شيئاً معلوماً ، معيناً ؛ وأن يتعلق به حكم على ^(٣) المطلوب منه ^(٤) .

والفاسدة ^(٥) - أن لا يكون الخصم حاضراً ، و ^(٦) أن يكون المدعى به مجهولاً ، لأنه لا يمكن للشهود ^(٧) الشهادة ، ولا للقاضي القضاء به . وأن لا تلزم المطلوب منه ذلك ^(٨) ، بأن ادعى أنه وكيل فلان ، فالقاضي لا يسمع دعواه ، إذا أنكر الآخر ، لأنه يمكنه عزله للحال ^(٩) .

• • •

(١) في ح و ا : قال رحمه الله : الدعوى « راجع في الدعوى بالتفصيل : الكاشاني ، ٢٢١ وما بعدها .

(٢) في ب : « وهو أن » .

(٣) « د على » من ا و ب و ح .

(٤) « منه » ليست في ا و ب و ح .

(٥) التاء من ا و ب و ح .

(٦) في ح : « أو » .

(٧) في ب : « للشهود » .

(٨) في ا و ب و ح : « وأن لا يلزم المطلوب ذلك » .

(٩) « للحال » ليست في ب .

ثم إننا يصير المدعى به معلوما : إما بالإشارة إليه عند القاضي ، بأن كان منقولاً في الدعوى ، وبالشهادة^(١) ، وإن لم يكن منقولاً ، نحو المقار والرحى^(٢) ونحوهما مما^(٣) يمكن معرفته بالتحديد - فإعلامه^(٤) بذلك ، وهو^(٥) في المقار .

ومالا يمكن معرفته^(٦) بالتحديد ، كحجر الرحي^(٧) ، فينصب^(٨) القاضي أمينا حتى يسمع^(٩) الدعوى والينة ، عند ذلك ، بالإشارة^(١٠) .

ثم المدعى من يلتمس ، بدعواه ، إثبات ملك على غيره ، في العين أو

(١) كذا في ا و ح . وفي الأصل ب : « والشهادة » . وانظر فيما يلي الهامش ١٠ .

(٢) كذا في ا . وفي الأصل ب : « وحجر الرحي » . وفي ح - كذا : « المقار وحجر الرجا ، ونحوهما » .

(٣) في ا - ب : « فا » . وفي ح - « ثما » . وفي ب : « نحو المقار وحجر الرحا قل ، يمكن » .

(٤) في ح - و ا : « وإعلامه » .

(٥) في ب : « وهي » .

(٦) « معرفته » ليست في ب . وانظر الهامش التالي .

(٧) « وهو في المقار ... كحجر الرحي » ساقطة من ا و ح . راجع الهامشين السابقين .

(٨) في ا و ب و ح : « فيث » .

(٩) في ا : « يستمع » .

(١٠) الباردة في الكسائي (٦ : ٢٢٢ : ٧) : « والتم بالمدعى لنا يحصل بأحد أمرين : إما بالإشارة وإما التسمية . وجه الكلام فيه أن المدعى لا يتخلو : إما أن يكون عيناً ، ولما أن يكون ديناً . فإن كان عيناً فلا يتخلو : إما إن كان محتملاً لقتل ، أو لم يكن محتملاً لقتل . فإن كان محتملاً لقتل ، فلا بد من إحضاره لتمكين الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوماً بها لولا إذا تذكر قلّه كحجر الرحي ونحوه : فإن شاء القاضي استعصره وإن شاء بث إليه أميناً . ولما لم يكن محتملاً لقتل - وهو المقار - فلا بد من بيان حده ليكون معلوماً لأن المقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد ... هنا إذا كان المدعى عيناً . فإن كان ديناً فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره ومثله لأن الدين لا يصير معلوماً إلا ببيان هذه الأشياء » .

في الدين ، أو يثبت حقاً^(١) . والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه^(٢) .
وقيل : المدعى من إذا ترك الدعوى يترك ، والمدعى عليه من إذا
ترك الدعوى لم^(٣) يترك .

وذكر محمد أن المدعى عليه هو المنكر .

إذا ثبت هذا - < ف > نقول :

إذا جاء المدعى ، إلى القاضي ، مع خصمه ، فالقاضي يسأله : ماذا
يدعى عليه^(٤) ؟ فإذا ادعى المدعى^(٥) دعوى ، صحيحة ، على خصم
حاضر - سأل المدعى عليه عن جواب المدعى ، وقال : « أجب خصمك
بلا أو نعم^(٦) » - وما ذكرنا استحسان^(٧) . والقياس ما ذكر في
الزيادات : أن^(٨) المدعى إذا جاء إلى^(٩) القاضي مع خصمه ، فإنه لا^(١٠) يسأل
المدعى : ماذا يدعى ؟ حتى يبدأ المدعى بدعواه ، ثم إذا ادعى^(١١) دعوى
صحيحة ، وسمعها ، لا يسأل المدعى عليه عن جوابه ، مالم يسأل المدعى منه^(١٢) ،

(١) « حقا » ليست في أ و ح .

(٢) في ب : « وينفيه » . وفي ح كذا : « ويبقيه » .

(٣) في ب : « لا » .

(٤) « عليه » ليست في ب .

(٥) « المدعى » ليست في أ و ح .

(٦) في ح : « أو بسم » . و « بلا أو نعم » ليست في أ .

(٧) في ب و ح : « استحسانا » .

(٨) « أن » من أ و ب و ح .

(٩) « إلى » ليست في ح .

(١٠) « لا » ليست في ح .

(١١) في أ و ح : « ثم إذا جاء ادعى » .

(١٢) أي من القاضي وبإشارة أخرى : مالم يطلب المدعي من القاضي - انظر الهامش التالي .

أن يسأل المدعى عليه^(١) ، عن جوابه ، لانه إنشاء^(٢) الخصومة .
لكن الصحيح هو الاستحسان ، لأن الخصمين ربما يعجزان عن ذلك
لمهابة مجلس القاضى .

فإذا سأل المدعى عليه عن الجواب : فإذا أقر به^(٣) أمره^(٤) بتسليم المدعى
به إلى المدعى^(٥) . وإن أنكر سأل المدعى عن اليانة عند أبي حنيفة ،
وعندهما : يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعى منه الحلف - لأن عنده :
إذا قال المدعى : « لى ينة حاضرة فى المصر » ، فالقاضى لا يحلفه^(٦) ،
وعندهما : يحلفه^(٧) ، فلذلك يسأل .

(١) فى ب : « أن يسأل المدعى من المدعى عليه » . وفى ا : « أن يسأل عن المدعى عليه » .
وعبارة الكسانى (٢٢٤ : ٩ من أسفل) : « وهل يسأله القاضى الجواب قبل طلب المدعى ؟
ذكر فى أدب القاضى أنه يسأله ، وذكر فى الزيادات أنه لا يسأله ما لم يقل المدعى : اسأله عن
دعوائى - وعلى هذا إذا تقدم الخصمان للى القاضى هل يسأل المدعى عن دعوائى ؟ فى أدب القاضى
أنه يسأله ، وفى الزيادات أنه لا يسأله ويرى ذلك فى كتاب أدب القاضى وسيأتى » وفى كتاب أدب
القاضى قال الكسانى (١٣ : ٧) : « وإذا تقدم إليه الخصمان هل يسأل المدعى عن
دعوائى ؟ ذكر فى أدب القاضى أنه يسأل وذكر فى الزيادات أنه لا يسأل . وكذا إذا ادعى دعوى
صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ؟ ذكر فى أدب القاضى أنه يسأل ، وذكر فى
الزيادات أنه لا يسأل حتى يقول له المدعى : سله عن جواب دعوائى - وجه ما ذكر فى الزيادات
أن السؤال عن الدعوى إنشاء الخصومة والقاضى لا يفتى الخصومة . وجه ما ذكر فى الكتاب
أن من الجائز أن أحد الخصمين يلحق مهابة مجلس القضاء فيجوز من البيان دون سؤال القاضى
فيسأل عن دعوائى » .

(٢) كذا فى ح و ا . وهى فى الأصل وب غير مهموزة فيحتمل أن تكون فيها
مثل ما فى ا و ح ويحتمل أن تكون : « أنشأ » .
(٣) « ب » ليست فى ا وب - وانظر الهامش التالى .
(٤) الماء من ب وفيها : « فإن أقر أمره ... » .
(٥) « فإذا سأل المدعى عليه ... للى المدعى » ليست فى ح .
(٦) و (٧) كذا فى ا وب و ح - والماء (الضمير) غير واضحة فى الأصل .

فإذا قال : « لاينة لي » أو « ليس لي بينة حاضرة » - فإنه يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعى اليمين^(١) ، لأن اليمين حقه ، فلا بد من طلبه .
فإذا حلفه : فإن^(٢) حلف : تنقطع الخصومة إلى وقت^(٣) إقامة البينة .
وإن نكل : يقضى عليه بالنكول عندنا ، في الأموال ، وعند الشافعي :
يرد اليمين إلى المدعى : فإذا حلف : يقضى له . وفي القصاص في^(٤)
الطرف : يقضى بالنكول ، أيضا ، عند أبي حنيفة - وعندهما : يقضى بالدية^(٥) .
وأما في النفس : < ف > عندهما^(٦) : يقضى بالدية أيضا . وعنده : لا يقضى
بالقصاص^(٧) ولا بالدية ، ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف . وكذا لا يقضى
بالنكول في الأشياء السبعة عند أبي حنيفة^(٨) ، وعندهما : يقضى . وأجمعوا
أنه لا يقضى بالنكول^(٩) في الحدود .
وعلى هذا - الاستعلاف^(١٠) عنده : لا يستحلف في الأشياء السبعة ،

(١) « البين » ليست في أو ب و ح .

(٢) القاء من ح . وفي أ : « فإذا حلفه فحلف » .

(٣) « وقت » ليست في أ و ح .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل كذا : « وفي القصاص بالطرف » . انظر المامض

بعد التالي .

(٥) في ب : « بالال » .

(٦) في الطرف يقضى ... في النفس عندهما « ليست في أ و ح » .

(٧) في أ و ب و ح : « لا بالقصاص » .

(٨) سيأتي بيانها في المتن بعد قليل - وراجع ص ٢٢٥-٢٢٦ من الجزء الثاني وخصوصا
المامض ١ ص ٢٢٦ . وفيه بيان هذه الأشياء خلا عن الكساني (٢ : ٢٤٣ - ٢٤٤) .

(٩) « بالنكول » ليست في أ و ح .

(١٠) في ب : « الاستعلاف » . وفي أ و ح : « الاختلاف » .

وهي ^(١) : النكاح ، والرق ، والولاء ، والنسب ، والرجعة ، والقي .
 في الإيلاء ^(٢) ، والاستيلاء ^(٣) - لائن الاستحلاف لا أجل الكول ، وهو
 بذل ^(٤) وإباحة عند أبي حنيفة ، ولا يجرى ^(٥) ذلك ^(٦) في هذه الأشياء .
 وعندهما : هو بمعنى الإقرار الذي فيه شبهة ، وهذه الأشياء مما يثبت
 بدليل فيه شبهة - وهذا مما يعرف في الخلافات ^(٧) .

ثم الدعوى إما أن تكون في ملك مطلق ^(٨) أو بسبب ، مع التاريخ
 أو بدونه ، ولا يخلو : إما إن كان < ت > ^(٩) من ^(١٠) الخارج على
 ذى اليد ، أو من الخارجين على ذى اليد ^(١١) ، أو من صاحبي اليد :
 أحدهما على صاحبه ^(١٢) .

(١) كذا في أ و ح . وفي الأصل ب : « وهو » .

(٢) في أ : « ولا إيلاء » وراجع « باب الإيلاء » ص ٣٠٥ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٣) راجع في الاستيلاء ص ٤٠٦ وما بعدها من الجزء الثاني . وراجع فيها تقدم الهامش

٨ ص ٢٩٣ وفي الجزء الثاني ص ٢٢٥ - ٢٢٦ .

(٤) في ب : « بذل » .

(٥) في أ و ح : « ولا يجرى » .

(٦) « ذلك » من أ و ب و ح .

(٧) في ب : « وهي تعرف في المختلف » .

(٨) يريد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب ، بأن يقول : هذا ملكي

ولا يقول : هذا ملكي بسبب التراء أو الإزث أو نحو ذلك - لأن المطلق ما يتبرض للذات

دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات (التثني على التثني) ٤ : ٢٩٤ .

(٩) في أ و ح : « يكون » .

(١٠) « من » من أ و ب و ح .

(١١) « ذى اليد » ليست في ح . و « على ذى اليد » ليست في أ .

(١٢) راجع فيما يصعب فهمه من المسائل الآتية : الكاساني ، ٦ : ٢٣٢

وما بعدها .

أما إذا كان الدعوى في ملك مطلق^(١) - < فنقول > :

إن لنا: < حث > من^(٢) الخارج على ذي اليد ، بلا تاريخ : فينة
الخارج أولى ، عندنا - وعند الشافعي : ينة ذي اليد أولى - وهي
مسألة معروفة^(٣) .

وعلى هذا الخلاف : إذا أرخا ، وتاريخها سواء ، لأنه لم^(٤) يثبت سبق
أحدهما ، فبقية < ت > دعوى ملك مطلق^(٥) .

فأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى عند أبي حنيفة وأبي
يوسف ، وهو قول محمد أولا ، ثم رجع بعد رجوعه من الرقة^(٦) وقال^(٧) :
لا تقبل ينة ذي اليد على وقت ولا^(٨) غيره إلا في التاج^(٩) - كذا ذكر ابن

(١) انظر فيما تقدم المامش ٨ من الصفحة السابقة .

(٢) « من » من ا و ب و ح .

(٣) « وهي مسألة معروفة » من ا و ب و ح . ووجه الحنفية أن اليانة حجة المدعى ، وذو اليد
ليس بمدعى . فالتحت ينة ذي اليد بالمدعى ، فبقية ينة الخارج بلا ماض ، فوجب العمل بها .
(راجع في تفصيل ذلك : الكاساني ٦ : ٣٣٢ - ٣٣٣ - ٣٣٤) .

(٤) « لم » ساقطة من ا و ح .

(٥) انظر فيما تقدم المامش ٣ . وراجع الكاساني ٦ : ٣٣٣ - ٣٣٤ .

(٦) ولي محمد القضاء الرشيد بالرة فأقام بها مدة ثم عزل عنها ثم سارمه إلى الرى وولاه
القضاء بها فنزول بها سنة ١٨٧ هـ . وهو ابن ثمان وخمسين سنة (الجواهر) . والرة واسعة
ديار ريمة وسميت المسائل التي جسا محمد في الرقة « الرقيات » نسبة لأبها (الفرب) - راجع في
ترجمة محمد - ا س ٧ هـ .

(٧) « وقال » ليست في ا و ح .

(٨) « لا » من ا و ح . قى الأمل و ب : « وغيره » .

(٩) في ا و ح : « إلا في الدعوى - كذا » . وسيأتي الكلام على دعوى التاج فيما بعد
(س ٣٠٧ وما بعدها) .

سماعة^(١) . وذكر محمد هذه المسألة في كتاب الدعوى، وقال: عند أبي حنيفة: يقضى بها للخارج، ثم رجع وقال: يقضى بها^(٢) لصاحب اليد. وهو قول محمد أى قوله^(٣) الأول، لأن بينة صاحب اليد أثبت^(٤) أنه أول^(٥) المالكين^(٦).

وأما إذا وقت أحدهما، ولم يوقت الآخر: فعند^(٧) محمد: لا عبرة لتاريخ صاحب اليد، فالخارج أولى^(٨). وعند أبي يوسف: بينة صاحب الوقت أولى^(٩). وعن أبي حنيفة روايتان: في رواية مع محمد، وفي رواية مع أبي يوسف.

. . .

(١) انظر الكاساني ٦٠ : ٢٣٣ : ٦ وما بعده.

(٢) «و» ليست في «هـ».

(٣) في ب : «هـ» «هـ».

(٤) في ب : «هـ» في قوله «

(٥) في ب : «هـ» تثبت «

(٦) في ب : «هـ» أولى «

(٧) وذكر محمد هذه المسألة... أول المالكين « ليست في الكاساني (راجع الكاساني

٦ : ٢٣٣ : ٤ - ٧) .

(٨) انهاء من اوب و «هـ».

(٩) لأن الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق، لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقت

بينته كان وقتها أسبق، فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت، فسقط اعتبار الوقت، فبقي دعوى

مطلق الملك، يقضى للخارج (الكاساني ٦٠ : ٢٣٣ : ١٣ - ١٥) . وانظر فيما على ص ٢٩٧ .

(١٠) «أولى» ليست في «هـ» . وجه قوله أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت

خاص لا يمارسها فيه بينة مدعى الملك المطلق يقين بل تحتمل الممارسة وعدمها لأن الملك المطلق

لا يتعارض الوقت، فلا تثبت الممارسة بالشك تثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب

التاريخ أولى (الكاساني ٦٠ : ٢٣٣ : ٩ - ١١ وكذا ٢٣٦ - ٢٣٧) .

أما إنرا : <ت> الدعوى من الخارجين في ملك مطلق ، بلا تاريخ ،
أو تاريخها سواء ، والثىء في يد الثالث ^(١) : فهو بينهما نصفان ، عندنا ^(٢) .

وللشافعي فيه قولان : في قول : تهاوت الينتان ^(٣) ، وتبقى في يد
صاحب اليد قضاء ترك ، وفي رواية : يقرع بينهما ويقضى للذى ^(٤)
خرجت له القرعة ^(٥) . والمسألة معروقة ^(٦) .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى ، بالاتفاق ، لأن بينة
الخارجين مسموعة ، فيترجع ^(٧) أحدهما بالتاريخ ^(٨) .

وأما إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فيها سواء عند أبي حنيفة ، ولا
عبرة بالتاريخ ، لجواز أن يكون ^(٩) الآخر لو وقت كان تاريخه أسبق . وعند
أبي يوسف : صاحب الوقت أولى . وعند محمد : الذى أطلق أولى ، لأن
الملك المطلق ملك من الأصل حكماً ^(١٠) حتى يستحق الزوائد به ^(١١) .

. . .

(١) في اوب و ه : <ت> ثالث .

(٢) راجع فيها تقدم ص ٢٩٥ .

(٣) في ه : <الينات> . وتهاوت الينات تساطت وطلت (المصباح) .

(٤) في ه : <الذى> .

(٥) في ا و ه : <خرجت قرعته> .

(٦) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٦ .

(٧) تمام من اوب و ه .

(٨) انظر فيما تقدم ص ٢٩٥ . وراجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٦ : ٢٧٧ .

(٩) <يكون> ليست في اوب و ه .

(١٠) في ا : <ملك الأصل حكماً> . وفي ه : <ملك الحكم أصلاً> .

(١١) راجع فيما تقدم المامض ٩ و ١٠ ص ٢٩٦ والكاساني ، ٦ : ٢٣٦ : السطر الأخير - ٢٣٧ .

وأما إذا كان الشيء في أيديها ، فأقام كل واحد منهما اليئة أنه^(١) له :
فإنه يقضى لكل واحد منهما بنصف ما^(٢) في يد صاحبه ، لأنه خارج في
ذلك النصف^(٣) .

ولو أقام أحدهما اليئة : يقضى له بنصف ما^(٤) في يد صاحبه ، وما في
يده يترك في يده^(٥) قضاء ترك .

ولو لم يكن لهما يئة : قضى بينهما نصفين^(٦) ، قضاء ترك ، حتى لو أقام
أحدهما اليئة على صاحبه ، بعد ذلك ، تقبل^(٧) .
وكذا إذا أوحا ، وقارحهما سواء .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فعند أبي حنيفة وأبي يوسف :
صاحب الوقت الأول ، أولى . وقال محمد : لا يعتبر الوقت في حق صاحب
اليد ، فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما^(٨) وقت دون الآخر - فعند أبي حنيفة ومحمد :
لا عبرة للوقت ، فيكون^(٩) بينهما . وقال أبو يوسف : هو لصاحب الوقت .

-
- (١) في الأصل و ا و ب و هـ : « أيا » . وما أبتناه في المتن هو ما قدرة أنه الصحيح
(٢) كذا في ا و ب و هـ . وفي الأصل : « بما » .
(٣) « النصف » ليست في ا . راجع فيما تقدم من ٢٩٥ و ٢٩٧ .
(٤) كذا في ا و ب و هـ . وفي الأصل : « بما » .
(٥) « في يده » ليست في ا و هـ .
(٦) في ا و هـ : « صفان » .
(٧) لأنه لم يصر ، قضيا عليه حقيقة - راجع في ذلك الكاساني ، ٦ : ٢٤٠ : ٢٤١ من
أصل - ٢٤١ .
(٨) في هـ : « أحدهما » .
(٩) في ب : « ويكون » .

وأما إذا كان دعوى الملك بسبب :

فإن^(١) كان السبب هو الإرث : فإن كان^(٢) أحدهما خارجا ،
والآخر صاحب اليد ، وأقام كل واحد منهما اليقة^(٣) أنه ملكه : مات
أبوه وتركه^(٤) ميراثا له : فهو للخارج ، في قول أصحابنا جميعا^(٥) ، لأن
كل واحد منهما يثبت الملك للبنت^(٦) ، مطلقا ، فصار كما لو حضر المالكان
وادعيا ملكا^(٧) مطلقا : يكون للخارج^(٨) - كذا هذا^(٩) .
وكذا^(١٠) إذا أرخا ، وتأريخها سواء^(١١) ، أو^(١٢) ذكر أحدهما
الوقت دون الآخر^(١٣) .

-
- (١) انباء من اوب و ح .
(٢) « كان » ليست في ح .
(٣) « اليقة » من اوب و ح .
(٤) الماء من اوب و ح .
(٥) « جيعا » من اوب و ح . راجع الكسائي ٦ : ٢٣٣ و ١٩ : ٢٣٧ و ٦ : ٢٣٧
على الخامس ٨ .
(٦) في اوب و ح : « ملك » .
(٧) « ملكا » من اوب و ح .
(٨) راجع نيا تقدم ص ٢٩٧ والكسائي ٦ : ٢٣٦ و ١٦ : ٢٣٧ و ٦ : ٢٣٣ .
(٩) في اوب و ح : « هنا » .
(١٠) « وكذا » ليست في ب .
(١١) لأنه سقط اعتبار الوقتين لتعارض بقى دعوى مالك طلاق (الكسائي ٦ : ٢٣٣ :
٢٠ - ٢١ . وراجع نيا تقدم ص ٢٩٥ و ٢٩٧ و ٢٩٨ .
(١٢) في ب و ح : « و » .
(١٣) راجع الكسائي ٦ : ٢٣٣ : ٢٤ - ٢٦ و ٣٣٧ : ١٥ . وراجع نيا تقدم
ص ٢٩٦ و ٢٩٧ و ٢٩٨ .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو لصاحب الوقت الأول^(١) عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وفي قول محمد الآخر^(٢) : للخارج^(٣) .
 وأما إذا كانا خارجين ، في دعوى الميراث ، على ثالث ، و^(٤) وقت أحدهما أسبق : فهو له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف^(٥) ، وعند محمد روايتان : في ظاهر الرواية : قال^(٦) في الميراث : ذلك كله سواء وهو بينهما نصفان . وفي نوادر هشام : إن لم يؤرخا^(٧) ملك الميتين : فهو بينهما نصفان ، وإن أوخا ملك الميتين : فهو لصاحب التاريخ الأول^(٨) .
 وكان أبو بكر الرازي^(٩) يفرق لـ محمد^(١٠) بين الميراث من^(١١) اثنين ،

(١) « صاحب الوقت الأول » ليست في ب .

(٢) في ب و هـ : « الأخير » .

(٣) لأن دعوى الإرث دعوى ملك الميت ، فكل واحدة من البيتين أظهرت ملك الميت ، لكن قام الوارث مقام الميت ، فكان الوارثين ادعيا ملكا مطلقا أو موقتا من غير سبب (الكاساني ، ٦ : ٢٢٣ ؛ ٢١ وكذا ٢٣٧ : ١٠) . وراجع فيما تقدم ص ٢٩٥ و ٢٩٧ و ٢٩٨ .

(٤) « و » ليست في هـ .

(٥) لأن الوارث لإقامة الميت يظهر الملك للورث لا لنفسه ، فيعير كأنه حفر المورثان وأقام كل واحد منهما بيته مؤرخة ، وتاريخ أحدهما أسبق ، ولو كان كذلك لفضي لأسبقها وقتا ، لإبائه الملك في وقت لا تنازعه فيه بيته الآخر - كذا هذا (الكاساني ، ٦ : ٢٣٧ ؛ ١٣) .

(٦) في ب : « في ظاهر الرواية أنه قال » .

(٧) في ا و هـ كذا : « لأن لم يكن ورثا » .

(٨) راجع فيما تقدم الملامح ٣ . والكاساني ، ٦ : ٢٣٧ ؛ ١٠ .

(٩) راجع ترجمته في الملامح ٣ . ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(١٠) « لـ محمد » ليست في ا و هـ .

(١١) في ا و هـ : « بين » .

وبين الشراء من ^(١) اثنين ^(٢) - قال في الميراث : بينها نصفان ، وفي شراء
الخارجين من رجل ^(٣) واحد : إنه لصاحب الوقت الأول ، لأن المشتري
يثبت الملك لنفسه ، والوارث يثبت ^(٤) الملك للميت .

لكن روى عن محمد في الإملاء ، في الخارجين إذا أقاما ^(٥) البيعة
على الشراء من واحد ^(٦) ، وأرخا : أن التاريخ لا يقبل إلا أن يؤرخا ^(٧) .
ملك البائع - و ^(٨) سوى بينه وبين الميراث ^(٩) .

. . .

وأما إذا طاله السبب هو الشراء - بأن ^(١٠) ادعى اغشاج الشواء من
صاحب اليد ، وهو منكر : يقبل .

ولو ادعى صاحب اليد الشواء من خارج : يقبل أيضا ، لأنه يصح
تلقى الملك من جهته .

(١) في ا و ح : « بين »

(٢) في ح : « الاثنين »

(٣) في ا : « وفي الشراء من رجل » . وفي ح : « وفي الشراء الخارجين من رجل » .

(٤) « يثبت » ليست في ا و ح . وفي ا : « والوارث الخارجين الملك ... الخ » .

(٥) في ا : « إذا أقام » .

(٦) في ب : « من آخر » .

(٧) في ا و ح : « إلا إذا أرخا » .

(٨) « و » ليست في ا و ح .

(٩) في الكشاف (٦ : ٣٨ : ١٥) : « وعن محمد في الإملاء أنه سوى بين الميراث
والشراء وقال : لا جرة بالتاريخ في الشراء أيضا إلا أن يؤرخا ملك البائعين » - وزاد هنا
في ب : « والله تعالى أعلم » .

(١٠) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « فاذ » .

فأما إذا ادعى كل واحد منها الشراء من صاحبه ، من غير تاريخ : فلا يقضى باليتين^(١) عند أبي حنيفة وأبي يوسف وترك^(٢) المدعى به^(٣) في يد صاحب اليد^(٤) .

وعند محمد : يقضى باليتين جميعاً ، لأنه يمكن تصحيحهما ، ويجعل^(٥) كأن الخارج باع من صاحب اليد ، وسلم إليه ، ثم باع صاحب اليد منه ، ولم يسلم إليه ، فيؤمر^(٦) بالتسليم إليه^(٧) ، ولا يمكن على المكس ، لأن بيع المقار قبل القبض ، عنده ، لا يجوز^(٨) .

وأما إذا أرخا ، وتاريخ أحدهما أسبق : فإنه يقضى لآخرهما^(٩) وقتا : أيهما^(١٠) كان ، والبيع الثاني ينقض البيع^(١١) الأول عندهما^(١٢) . وقال

(١) في ا ب و هـ : من غير تاريخ ولا قبض ، تهازت اليتتان (في هـ : الينتان) عند أبي حنيفة .

(٢) في ا ب و هـ : وترك .

(٣) في ب و هـ : من ا ب و هـ .

(٤) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ .

(٥) في ب : فيجعل .

(٦) في ا ب و هـ : ويؤمر .

(٧) كذا في ا ب و هـ . وفي الأصل : منه .

(٨) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٣ - ٢٣٤ . وانظر فيما بعد الحامش ٣ من ٣٠٣ .

(٩) في هـ : كذا : لآخرهما .

(١٠) كذا في ا ب و هـ . وفي الأصل : تشبه : أيها .

(١١) كذا في ا ب و هـ . وفي الأصل : ينقض بيع الأول .

(١٢) عندهما : ليست في ب .

محمد: يقضى بها للخارج - وفي المسألة تفصيل^(١) لم يذكره^(٢) الكرخي^(٣).
وأما إذا أقاما البينة على الشراء و^(٤) القبض - فمدهما: تهاوت
البيتان^(٥)، والمدعى لمن هو في يده. وعند محمد: يقضى بها للذي^(٦)
في يده. والتمن بالتمن قصاصا، كأن^(٧) الخارج اشتراها من الداخل،
فقبضها^(٨)، ثم اشتراها الداخل منه، وقبض، لأن المذهب عنده أن
القبض الموجود مدها^(٩) أمكن أن يحمل قبض بيع، يحمل، حملا
لامر^(١٠) العاقل على الصحة^(١١).

(١) «تفصيل» ليست في ب.

(٢) الماء من ب.

(٣) القرض في هذه المسألة أنه لم يذكر قبض.

فلن كان وقت الخارج أسبق: فمده أي حنيفة وأبي يوسف: يقضى لصاحب اليد. وعند
محمد: يقضى للخارج. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلأن وقت الخارج إذا كان أسبق جبل
كأنه اشترى أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد. وأما عند محمد فلأن وقت الخارج إذا
كان أسبق فإنه جبل كأنه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد، وبيع القار
قبل القبض لا يجوز عند محمد، وإذا لم يجوز على ملك الخارج، وعندهما ذلك جائز، فصح التيمان.
ولأن كان وقت صاحب اليد أسبق: يقضى بها للخارج، لأنه إذا كان وقته أسبق يحمل سابقا
في الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع إليه
(الكاساني ٦٠ : ٢٣٤).

(٤) في ب: «أو».

(٥) في ب: «البيتان».

(٦) في ب: «وهي قتي» . وفي أ: «وهي للذي» . وفي ج: «وهي التي» .

(٧) في أ وب ج: «والألف بالالف قصاص فيجبل كأن» .

(٨) في أ وب ج: «وقبضها» .

(٩) في ب و ج: «منها» .

(١٠) في أ و ج: «تقول» . وفي ب كذا: «يجمله حلا لامن للمادة» .

(١١) راجع الكاساني ٦٠ : ٢٣٤.

وأما الحارجان إذا ادعيا^(١) الشراء على صاحب اليد^(٢) : فإن كان واحدا ، وأقاما^(٣) البينة على الشراء منه ، بشئ معلوم ، ولم يذكر^(٤)

التاريخ ولا القبض - فإنه يحمل بينهما نصفين ، عندنا .

وعند الشافعي : في قول : هارت^(٥) اليتان^(٦) . وفي قول : يقرع بينهما .
فأما إذا أدرخا وتاريخا أحدهما أسبق : فهو له .

وكذا إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهو لصاحب الوقت ، لأنه ثبت^(٧) سبق بيع أحدهما ، وسبق الآخر معنى حادث ، ولا يعلم تاريخه فيحكم به^(٨) للحال .

وأما إذا لم يكن لواحد منهما تاريخ^(٩) ، ولكن له قبض ، بأن كان في يد أحدهما : فهو أولى ، لأنه يحمل على قبض البيع^(١٠) ، والبيع الثاني^(١١) حادث ، ولم يعرف^(١٢) تاريخها ، فجعل كأن بيع صاحب القبض أسبق .

(١) كذا في ب و ا - و « ادعيا » في الأصل ناقصة الالف . وانظر الخامس التالي .

(٢) « الحارجان ... اليد » ليست في « ومكانها فيها يارض » .

(٣) في ا : « فإن كان كل واحد منهما أقام » . وفي « كذا » : « فإن كان نكلا واحدا

منها أقام » .

(٤) في ا و ب و ح : « ولم يذكر » .

(٥) في ب : « تبارت » .

(٦) في ح و ا : « اليتان » .

(٧) في ح و ا : « ثبت » .

(٨) في ب : « له » .

(٩) في ب : « تاريخها » .

(١٠) في ا و ح : « المبيع » .

(١١) « الثاني » من ا و ح .

(١٢) في ا و ح : « ولم يعلم » .

فإن^(١) ذكر الآخر تاريخاً ، ولا أحدهما تاريخ^(٢) ، ولا آخر^(٣)

قبض : لم يعتبر التاريخ إلا أن يشهدوا أن بيعه كان قبل بيع الذى الشئ .
فى يده ، فيقضى له به ، ويرجع الآخر بالثمن على البائع .

فأما إذا ادعى كل واحد منها الشراء ، من وجب غير الذى ادعى عليه
صاحبه ، وأقاما البينة - فهو بينهما نصفان ، لأن المشترين قاما مقام البائعين ،
كأنهما حضرا وأقاما البينة ، والمال بينهما نصفان^(٤) .

ولو أرخا وتاريخ أحدهما^(٥) أسبق : يكون له عند أبى حنيفة وأبى
يوسف ومحمد - وهذه^(٦) رواية الأصول . وقد ذكرنا فرق أبى بكر
الرازى ورواية الأيملاء عن محمد ، فى هذا الفصل ، فلا نعيد^(٧) .

. . .

ثم^(٨) فى هذه المسائل - فى الشراء : يثبت الخيار لكل واحد من
مدعى^(٩) الشراء ، لأنه يدعى شراء الكل ، فلا يرضى بالنصف ، مع

(١) فى ا و ح : « وإن كان » .

(٢) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل تشبه : « طريقته » .

(٣) فى ح : « والآخر » .

(٤) « لأن المشترين ... نصفان » ساقطة من ب . وانظر الهامش التالى . وراجع
الكاسانى . ٦ : ٢٣٧ .

(٥) « كاتبها حضرا .. وتاريخ أحدهما » ساقطة من ا و ح . وفيها مكانها : « فأبىها »
ويظهر أنها تعريف : « كاتبها » .

(٦) فى ا : « وهذا ذكر فى » .

(٧) راجع فيما تقدم ص ٢٩٩ - ٣٠٠ . وانظر الكاسانى . ٦ : ٢٣٧ .

(٨) ثم : « ليست فى » .

(٩) فى ح : « ممن يدعى » .

الشركة ، وهي ^(١) عيب : فإن اختار أخذ ^(٢) النصف : يرجع على البائع
نصف الثمن ، لاستحقاق نصف المبيع . وإن اختار الرد : رجع بجميع
الثمن ^(٣) لا نفاسخ المبيع . وإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ : < ف > إن
كان قبل تضيير الحاكم لهما ، والحكم لهما نصفين ^(٤) : فإنه يأخذ جميع
المبيع ^(٥) . بجميع الثمن ، لأنه استحققه ، بحكم العقد ، وإنما امتنع لأجل
المزاحمة ، فإذا ترك الآخر الخصومة ^(٦) . فله ذلك ، بحكم العقد . فأما إذا
كان بعد حكم الحاكم بينهما : < ف > يأخذ النصف ، بنصف الثمن ، لأنه ،
بحكمه ، يفسخ ^(٧) العقد ^(٨) ، في النصف . ولا ^(٩) يعود إلا بالتجديد .

وأما دعوى التناج ^(١٠) :

فإن ادعى الخاوج ، وفو اليد ، التناج في دابة : فهي ^(١١) لصاحب اليد .

(١) ق ب : « وهو » .

(٢) ق ب : « أحدهما » .

(٣) ق ا و ح : « رجع ضمن المبيع » . وانظر الهامش بيد التالى .

(٤) ق ب : « والحكم بينهما نصفا » . وق ا : « والحكم بينهما نصفين » . وانظر

الهامش التالى .

(٥) « بجميع الثمن ... جميع المبيع » ساقطة من ب .

(٦) ق ب : « للخصومة » .

(٧) ق ا و ح : « لأنه يحكم بفسخ » .

(٨) ق ا و ب و ح : « عقده » .

(٩) ق ا و ب و ح : « فلا » .

(١٠) انظر الهامش التالى .

(١١) ق ا و ح : « فهو » . وقى الكاسانى (٦ : ٢٣٤ - ١٣ : ١٤) أن التناج هو الولادة

فى الملك . وقى المغرب : التناج ، اسم يلج وضع الثمن والبهائم كلها - عن اليت وغيره - ثم سى =

لأنهما ادعيا أولية الملك^(١)، فاستويا في الدعوى، فيرجع باليد^(٢) - وفي عين^(٣) هذه المسألة ورد حديث جابر^(٤) عن النبي عليه السلام^(٥) .

وإن ادعى أحدهما التنازع : فهو^(٦) لصاحب اليد . أيهما كان ، لما ذكرنا^(٧) .

== به المتزوج... وقد نتج الناقه تنجا إذا ولي تناجها حتى وضعت فهو فاتح وهو لها ثم كالقابلة لفناء.. والأصل تنجها ولدا ممدى لى مفعولين... فإذا بني الفصول الأول قيل : تنجت ولدا إذا وضعت... ومنه قول الفقهاء : ولو أقام البيئة في دابة أنها تنجت عنده أى ولدت ووضعت . وهذا التقرير لا تمره إلا في هذا الكتاب . ومن التنازع قول شريح : التنازع أولى من العارف : معنى به من تنجت عنده أو تنجها هو وبالعارف الخارج الذى يدعى ملكا مطلقا دون التنازع ولأنما سمى عارفا لأنه قد كان تقدم فوجده فلما وجده عرفه .

(١) كذا في ب . وفي الأصل : « اليد » . وانظر الهامش التالى

(٢) « لأنهما ادعيا ... باليد » ليست في أ و ح . وفي الكاساني (٦ : ٢٣٤ : ١٦) : « يقضى لصاحب اليد لأن البيئة القائمة على التنازع قائمة على أولية الملك ، وقد استوت البيتان في إظهار الأوليه فتترجح بيته صاحب اليد باليد ، فيقضى بيته » .

(٣) في ح : « وفي البين » . وفي ب : « وفي هذه المسألة » .

(٤) هو جابر بن عبد الله الصحابي ابن الصحابي - أحد المكترين الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب . وثبوته بالمدينة سنة ٧٣ هـ . (أو ٧٨ أو ٦٨) وهو ابن أربع وتسعين سنة (الثوروى ، التهذيب) .

(٥) هروى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم تنازع فاقه فى يد رجل وأقام البيئة عليه ، وأقام ذو اليد البيئة على مثل ذلك - فضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقه لصاحب اليد الكاساني ٦ : ٢٣٤ : ١٧ وما بعده وفيه تحصيل ويان .

(٦) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « فبى » .

(٧) في الكاساني (٦ : ٢٣٤ : ٢٣) : « ولو أقام أحدهما البيئة على التنازع . والآخر على الملك المطلق عن التنازع : فينته التنازع أولى ، لما قلنا إنها قامت على أولية الملك لصاحبه ، فلا تثبت لغيره إلا بالتلقي منه »

وإن كان خارجياً^(١) ادعى النتاج ، وهو^(٢) في يد ثالث يدعى^(٣) ملكاً مطلقاً^(٤) : ففي بين الخارجين ، نصفان ، لاستوائهما^(٥) .
ثم ظاهر^(٦) مذهبنا^(٧) أنه يقضى لصاحب اليد^(٨) ، لأن يترك^(٩) في يده بلا^(١٠) قضاء .

وروى عيسى بن أبان^(١١) أنه^(١٢) تنهاتر اليتنان ، ويترك^(١٣) في يد صاحب اليد قضاء^(١٤) ترك - وهذا خلاف مذهبنا : فإن الخارجين^(١٥)

(١) كذا في ١ . وفي الأصل : « وإن كان خارجين » . وفي ب : « وإن كان خارجين » . وفي ح : « وإن كان الخارجين » .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل : « و » . وفي هـ : « و » .

(٣) في أ و ح : « يدعى فهو بينهما نصفان بمنزلة ما لو ادعى ملكاً مطلقاً » .

(٤) يريد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب بأن يقول هذا ملكي ولا يقول هذا ملكي بسبب الفراء أو الإرت أو نحو ذلك (راجع المأمش ٨ ص ٢٩٤) .

(٥) « ولا يترك في يد صاحب اليد - دل أن ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا » (الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ٢٢٢) - وسيأتي في المتن ما إذا كان يقضى به أم يترك .

(٦) في ١ : « في ظاهر » .

(٧) في ب : « مذهبها » .

(٨) أي إن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج وهو القرض فيأقدم

(راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ١٩٠ - ٢٠٠ . وكذا المرغيناني ، البداية ، ٦ : ٢٣٥) .

(٩) في أ و ح : « أو يترك » . وفي ب : « إلا أن يترك » .

(١٠) في أ كذا : « بالانقضاء » .

(١١) تنقح على محمد بن الحسن وقد توفى سنة ٢٢١ هـ . بالبصرة وهو قاض عليها . وله كتاب

الحجج . ومن تلاميذه أبو خازم القاضى أستاذ الطساوى . وقيل : ماضى الإسلام قاض أهله من عيسى (اللكهنوى : القوائد . والقترشى : الجواهر) .

(١٢) « عيسى ... » أنه « ليست في ح وموضعا يباح فيها . وفي ب : « أنها » .

(١٣) في أ و ح : « تنهاتر اليتنان وترك » .

(١٤) كذا في أ و ب . « قضاء » ساقطة من ح . وفي الأصل : « لا قضاء ترك » .

(١٥) في أ و ب و ح : « في الخارجين » .

يقضى بينهما ، ولو كان ترك^(١) في يد صاحب اليد ، لا بطريق^(٢) القضاء ،
ينبغي^(٣) أن يكون لصاحب اليد^(٤) ، إذا تهافت اليتان^(٥) .

فإن أوحا ، فإنه ينظر :

إن كان سن التاج يوافق أحد التاريخين : فهو له .
وإن أشكل الأمر^(٦) : سقط حكم^(٧) التاريخ ، وجعل كأنهما لم يذكر
التاريخ^(٨) .

وإن خالف الوقتين : ذكر في ظاهر الرواية أنه لا عبرة للتاريخ ،
والحكم فيه ما ذكرنا من غير تاريخ^(٩) . وذكر الحالم^(١٠) أن في رواية
أبي الليث^(١١) : تهافت اليتان^(١٢) ، ويبقى التاج في يد صاحب اليد ،

(١) في ا و ب و ح : « ترك » .

(٢) في ح : « لا طريق » .

(٣) في ا : « وينبغي » .

(٤) « اليد » ساقطة من ح .

(٥) في ا و ح : « اليتان » . وانظر الكسائي ، ٦ : ٢٣٤ : ١٩٠ . والهداية والنهاية
وتتائج الأفكار ، ٢٣٦ : ٢٣٦ . والزلي على الكنز ، ٤ : ٢٩٤ - ٢٩٥ و ٣٢٠ وما بعدها .

(٦) فلم يعلم منها (انظر الكسائي ، ٦ : ٢٣٤ : ٢٦) .

(٧) « حكم » ساقطة من ح .

(٨) في ا و ح : « تاريخا » .

(٩) في ا و ح : « والحكم فيها ذكرنا من تاريخ التاج » . وذلك لأنه يظهر بطلان التوقيت ،
فكانها لم يوقتا ، فبقيت اليتان قائمتين على مطلق الملك ، من غير توقيت (الكسائي ، ٦ :
٢٣٤ : ٦ من أسفل) .

(١٠) راجع الهامش ٤ ص ٣٣٧ من الجزء الاول .

(١١) له نصر أبو الليث الحافظ السمرقني (٥٢٩٤) راجع ح ١ ص ١٧ م .

(١٢) في ا و ح : « اليتان » .

قضاء ترك - وهو الأصح ^(١).

. . .

وكذا الجواب في كل ما لا ينكر فيه ^(٢) بسبب الملك ، ولا يعاد ،
ولا يصنع مرتين : فهو ^(٣) كالنتاج .

وما ينكر فيه بسبب الملك ، ويصنع مرتين : فهو على التفصيل الذي
ذكرنا من دعوى الملك المطلق ^(٤) والسبب ^(٥).

. . .

وإذا طاله عاظم بين ورين ، وليس لواحد منها عليه ^(٦) جذوع ،
ولا له ^(٧) اتصال بالبناء : فإنه يكون بينهما ، لاستوائها في الاستغلال .

(١) في أ و هـ : « وقال : هو الأصح » . وفي ب : « وقال : هو الأصح » . وفي الكاساني
(٦ : ٢٣٤ : ٣٠) : « وهو الصحيح » .

« وجهه أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البيتين ، فانتقضتا بالعدم ،
فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان - والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين
لا كذب البيتين أصلاً ورأساً » (الكاساني ، ٦ : ٢٣٤ : ٣٠) - وانظر الفروض الأخرى في
الكاساني ، ٦ : ٢٣٨-٢٣٩ .

(٢) في أ و هـ : « يشكر في » .

(٣) « فهو » من أ و ب و هـ .

(٤) الواو من أ و ب و هـ - انظر الهامش التالي .

(٥) في أ : « ... التفصيل ذكر من ادعى الملك المطلق وبالسبب » . وفي هـ : « التفصيل

وذكر .. (مثل ما في أ) » . وفي ب : « ... التفصيل والقي ذكرنا من دعوى الملك المطلق
وبالسبب » . راجع الكاساني ، ٦ : ٢٣٥ : ١-٣ . وراح فيها قدم س ٢٩٥ وما بعدها
وس ٢٩٩ وما بعدها .

(٦) « عليه » ليست في هـ . وفي أ و ب و هـ : « وليس لأحدهما » .

(٧) في أ : « جذوع وله » .

وإن كان لأحدهما عليه^(١) جذوع : فالخائط له ، لأنه^(٢) مستعمل له^(٣) .

وإن كان لهما جذوع ، على السواء : فهو لهما ، لاستوائهما .
وإن كان لأحدهما أكثر^(٤) : ذكر الكرخي أنه إذا كان لأحدهما ثلاثة^(٥) فصاعدا ، وللآخر^(٦) كثير^(٧) : فهما سواء^(٨) . أما إذا كان لأحدهما ماذون الثلاثة^(٩) ، وللآخر^(١٠) أكثر : فهو لصاحب الكثير - وكذا ذكر محمد في^(١١) كتاب الإقرار ، وذكر في كتاب

(١) « عليه » من اوب و .

(٢) « لأنه » فصفة « له » في « ضيها » : لا « قط » .

(٣) راجع الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ .

(٤) أي جذوع أكثر (راجع الكاساني ، ٦ : ٢٥٧)

(٥) كذا في اوب والكاساني (٦ : ٢٥٧) . وفي الأصل و : كذا : « ثلثة » .

وانظر فيما على الهامض ٩ .

(٦) في « : » والآخر « . »

(٧) كذا في ب : « كثير » . وفي الأصل و ا و : « كثير » بالهاء لا بالتاء . وانظر

الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ .

(٨) لأن الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة (وهي أقل الجلع الصحيح) لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لأكثر من ذلك ، فإذا كان لأحدهما ثلاثة والآخر أكثر يكوئان قد استويا في استعمال الخائط ، لأن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة ، والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ، ولذا استويا في استعمال الخائط استويا في ثبوت البد عليه (انظر الكاساني ، ٦ : ٢٥٧) .

(٩) كذا في ب والكاساني (٦ : ٢٥٧) وفي الأصل و ا و : « الثلث » . راجع فيما

تقدم الهامض « . »

(١٠) في « : » والآخر « . »

(١١) في « : » وكذا ذكر محمد وذكر في كتاب « . »

الدعوى،^(١) أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ولا يكون له كل الحائط^(٢) .

وإن لم يكن لهما جذوع ، ولا أحدهما اتصال بالبناء من جانب واحد ، أى يكون بعض ألبان الحائط المدعى به فى حائط مملوك له^(٣) - قال^(٤) : صاحب الاتصال أولى .

وذكر فى « الأصل » أنه إذا كان اتصال ترييع^(٥) : فهو أولى من صاحب الجذوع .

وردى عن أبى يوسف أنه إذا^(٦) كان الاتصال من الطرفين^(٧) : كان أولى من صاحب الجذوع^(٨) .

والمراد من اتصال الترييع أن يكون بعض الألبان متداخلا فى البعض ، كالأزج^(٩) والطاقات^(١٠) ، وأبو يوسف اعتبر هذا فى جانبى^(١١)

(١) ق ب : « الدعوى » .

(٢) راجع فى بيان وجه ذلك كله : الكاساني ، ٦ : ٢٥٧ .

(٣) فى ١ : « أى يكون بعض ألبان الحائط المدعى به فى الحائط المملوك له » . وفى ٢ :

« أى يكون بعض الحائط المدعى به فى الحائط المملوك له » . وفى ٣ كذا : « أى يكون بعض الباب حائط المدعى به فى حائط مملوك له » .

(٤) ق ب : « فإن » .

(٥) سيقى بدقيل فى الحق المقصود بالترييع .

(٦) « إذا » ليست فى ٢ .

(٧) فى ١ و ٢ : « من الطرفين » .

(٨) « وردى عن أبى يوسف .. الجذوع » مكررة فى ٢ .

(٩) الأزج بيت بين طولاً ويقال الأزج السقف والجمع آراج (المصباح) .

(١٠) فى التاموس : الطاق ما عطف من الأبنية والجمع طاقات وطيطان .

(١١) فى ٢ كذا : « اعتبرها فى بنا » .

الحائط المدعى به متصلاً بحائطي^(١) المدعى ، لأن هذا دليل على أن
باني^(٢) الحائط هو ، ثم لصاحب الجذوع حق^(٣) وضع الجذوع في هذه
المسألة^(٤) .

وكذا إذا كان له جذع^(٥) واحد: فالحائط لصاحب الأكثر ، وله
حق الوضع^(٦) ، وليس لصاحبه^(٧) أن يرفع إلا إذا أقام^(٨) اليئنة أن
الحائط له ، فيثبت يرفع ، لأن اليئنة دليل مطلق^(٩) .

وإن كان خُصماً^(١٠) بين^(١١) شخصين^(١٢) ، والقُطْمُ^(١٣) إلى
أحدهما ، وادعى كل واحد الحُصَّ: فهو بينهما عند أبي حنيفة ولا يرجع^(١٤)

(١) في أو - : بحائط .

(٢) في أو - : كذا : « باني » .

(٣) في ب - : في حق .

(٤) راجع في ذلك الكاساني ، ٢٥٧ : ٦٠

(٥) في - : « جلوع » .

(٦) في أ كذا : « الوضع » .

(٧) في ب - : « له » .

(٨) في - : « قام » .

(٩) « مطلق » ليست في - . وانظر الهامش بعد التال . وراجع الكاساني ، ٢٥٧ : ٦٠

(١٠) الحُصَّ البيت من القصب والجمع أخصاص (المصباح) .

(١١) « مطلق » . بين « ليست في - » راجع الهامش قبل السابق .

(١٢) في أو ب و - : « سطين » . وفي الكاساني (٦ : ٢٥٨ : ١٦) : « بين

دارين أو بين كريمين » .

(١٣) القُطْمُ الشَّرْطُ جمع شريط وهو ما يعمل من ليف وخوص وقيل القُطْمُ الخشب التي

تكون على ظاهر الحُصَّ أو داخله يشد إليها حُرَادِيُّ القصب أو رؤوسه (المصباح) ، وفي المصباح :

وتسأكم رجالان إلى التامض شريح في خص تنازعاً فقفى به قلنى إليه القُطْمُ .

(١٤) في أو ب و - : « ولا يرجع » .

يكون^(١) القمط في جانبه . وقالاً بأن صاحب القمط^(٢) أولى^(٣) .
ولو كان وجه البناء أو الطاقات^(٤) على الحائط في أحد الجانبين :
<ف> لا يرجع هذا^(٥) ، بالإجماع^(٦) ، لأن هذا لا يختص بالملك .

. . .

ولو^(٧) كان لأحدهما سفل ، وللآخر علو : فليس لصاحب السفل أن
يتصرف تصرفاً لم يكن في القديم^(٨) ، وإن كان^(٩) لا يتضرر به^(١٠)
صاحبه عند أبي حنيفة . وعندهما لا بأس به إذا لم يكن فيه ضرر . وكذا
صاحب العلو .

(١) كذا في اوب و ه . وفي الأصل : « فيكون » .

(٢) « القمط » ساقطة من ا .

(٣) وجه قولها اعتبار العرف والعادة فإن الناس في البادية يجبلون وجه البناء وأنصاف
العين والطاقات والثلث والقمط للى صاحب الدار فيدل على أنه بناءه فكان في يده . ولأبي حنيفة
أن هذا دليل اليد في الماضي ، لا وقت الدعوة ، واليد في الماضي لا تدل على اليد وقت الدعوة ، والحاجة
في إثبات اليد وقت الدعوة (الكاساني ٦٠ : ٢٥٨ : ١٧٧ : ٢٠٠) .

(٤) كذا في اوب و ه . وفي الأصل تشبه أن تكون كذلك وإن كان البادى فلفظة
الأولى : « والطاقات » . راجع فيما تقدم الهامش ١٠ ص ٣١٢ .

(٥) في اوب و ه : « لا يرجع بهذا » . وانظر الهامش التالى .

(٦) في ب : « الإجماع » . وراجع الهامش المتقدم .

(٧) هذا بيان حكم الملك والحق الثابت في الحل . وقد تكلم عليه بالتفصيل الكاساني
(٦ : ٢٦٣ السطر الأسفل - ٢٦٦) .

(٨) في هـ : « في القيام » . والمقصود بقوله « تصرفاً لم يكن له في القديم » أن يتصرف
تصرفاً لم يكن قبل ذلك (انظر الكاساني ٦ : ٢٦٤ : السطر الأسفل) .

(٩) « كان » من اوب و هـ .

(١٠) « به » ليست في ا د هـ .

ولو انه دما^(١)، فامتنع صاحب السفل عن^(٢) البناء : لا يجبر عليه، لأن
 الا انسان لا يجبر^(٣) على عمارة بيته^(٤)، لكن يقال لصاحب الملو : وابن
 بمالك^(٥) السفل، وضع عليه علوك، وارجع عليه بقيته^(٦) مبنيا، وامتنع
 الآخر عن^(٧) السكنى حتى يدفع القيمة^(٨) .
 وكذا الجواب في الحائض بين الدارين .
 ولو هدمه^(٩) أحدهما : يجبر^(١٠) على العمارة - والله تعالى أعلم .

(١) في ا و ح : « نهما » .

(٢) في ب : « من » .

(٣) « لا يجبر » ليست في ح .

(٤) في ا و ب و ح : « ملكه » .

(٥) كذا في ا و ح . وفي الاصل و ب : « مالك » . وفي الكاساني (٦ : ٢٦٤) :

« من مال نفسك » .

(٦) في ا و ح : « وارجع على صاحبك بقيمة السفل » .

(٧) في ا و ح : « وامتنع عن » .

(٨) في ب : « النفقة » .

(٩) في ا و ح : « هدم » .

(١٠) في ب : « يجبر الآخر » ولعل الصحيح فيها : « يجبر < > الآخر » .

كتاب الإقرار

قال رحمه الله^(١) :

يحتاج في هذا الكتاب^(٢) إلى :

بيان كون الإقرار حجة ،

وإلى بيان ألقاظ الإقرار ،

وإلى بيان شرائط صحته ،

وإلى بيان أنواع المقر به ،

وما يتصل بذلك^(٣) من الفرق بين حالة الصحة وحالة^(٤) المرض .

أما بيان^(٥) كون الإقرار حجة :

فإنه خبر صدق ، أو^(٦) راجح^(٧) صدقه على كذبه ، فإن المال

(١) « رحمه الله » من - و . ا . و « قال رحمه الله » ليست في ب .

(٢) في ا و - : « الباب » .

(٣) في ا و - : « هـ » .

(٤) « حالة » من ب .

(٥) « بيان » ليست في ب .

(٦) في ا و - : « لو » .

(٧) في ب : « راجح » .

محبوب المرء ، طبعاً ، فلا^(١) يقر به ، لغيره ، كاذباً^(٢) .

وأما بيان ألفاظ الإقرار - < فنقول > :

إذا قال : « فلان على كذا » أو « فلان قبلي كذا »^(٣) - فهو إقرار ، لأن^(٤) « د على » كلمة إيجاب لثة ، والقبالة^(٥) والكفالة اسم للضمان .

وكذا إذا قال : « فلان في مالي ألف درهم » - فهو إقرار له بذلك في ماله . لكن لم يبين محمد في « الأصل » أنه يكون مضموناً أو لا ، وذكر أبو بكر الرازي^(٦) أنه إقرار بالشركة ، فيكون ذلك القدر المقر به عنده أمانة . وقال بعض مشايخ العراق : إن كان ماله محصوراً^(٧) : فهو إقرار بالشركة . وإن كان غير محصور^(٨) : فهو إقرار في ذمته^(٩) . وإن قال : « له من مالي ألف درهم » - فهو هبة : لا تصير ملكاً له إلا بقبوله والتسليم من المقر .

ولو قال : « له عندي ألف درهم » - فهو وديعة .

(١) في « و » ولا .

(٢) في « و » : « كذاباً » .

(٣) « أو فلان قبلي كذا » من « أو ب » و « ح » .

(٤) زاد هنا في « أو ب » و « ح » : « كلمة » .

(٥) تقول قَبِلْتُ به أنبل من بابي قتل وضرب قَبَاةً بالفتح لذا كنت . والقيل الكليل

وزة ومعنى والجمع قَبَلَاءَ وقَبِيلٌ بضمين قبيل بمعنى فاعل (المصباح) .

(٦) راجع ترجمه في المامنى ص ٢٠٦ من الجزء الأول .

(٧) في « ب » كذا : « محظوراً » . وفي « و » : « محصوراً » . وفي الكاساني (٢٠٨ : ٧) :

١١ - ١٢) مثل ما في المتن .

(٨) في « ب » كذا : « محظور » . وفي « و » : « محصور » . راجع المامنى السابق .

(٩) في « و » : « في القمة » .

وكذا لو قال : «معى» أو «فى منزلى» أو «فى بيتى» أو «فى صندوقى»
أو «فى» ^(١) كيسى - لا^٢ نه^(٢) لا^(٣) تختص بالابحجاب ، فيحمل على
الادنى ^(٤).

هذا الذى ذكرنا إذا ذكر هذه الألفاظ مطلقاً .

فأما إذا قرن ^(٥) بها لفظاً آخر ، مخالفاً للأول فى المعنى ، بأن قال :
« لفلان على - أو : قبلى - ألف درهم ودية » : يكون ودية ، لأنه يبان
معتبر ، فيصح ، بشرط الوصل ، كالاستثناء .

أما إذا ذكر مطلقاً وقال : « عنيت به الودية » ^(٦) - لا يصدق ، لأنه
خلاف الظاهر ، فلا يصدق على الغير .

وإن قال : « لفلان عندى - أو : معى - ألف درهم قرضاً » - فهو إقرار ،
لأنه يبان معتبر ^(٧) .

ولو قال : « عندى كذا ، وأعنى ^(٨) به الإقرار » - صدق ، وإن فصل ^(٩) ،
لأن هذا إقرار على نفسه ، فلا يهتم .

(١) « فى » من ا و ح .

(٢) فى ب : « لا نهى » .

(٣) « لا » ليست فى ا و ح .

(٤) فى ح : « الأولى » .

(٥) فى ب : « أنرن » .

(٦) « به الودية » ليست فى ح . وفى ا : « به ودية » . وانظر الهامش التالى .

(٧) « فيصح بشرط الوصل ... يبان معتبر » ليست فى ب .

(٨) « كذا فى ا و ح : « وأعنى » وفى الأصل و ب : « وعنى » . انظر الهامش التالى .

(٩) « ولان فصل » ليست فى ا و ح . راجع الهامش السابق .

ولو قال : « له ^(١) من مالى ألف درهم لاحق لى فيها » - فهو إقرار ^(٢) .
 ولو قال : « لفلان ^(٣) عندى ألف درهم وديعة قرضا ، أو وديعة ديناً ،
 أو مضاربة قرضا أو ديناً ^(٤) ، أو بضاعة قرضا أو ديناً » - فهو إقرار إذا
 ادعى المقر له الدين ، لأن الضمان قد يطرأ ^(٥) على الأمانة .
 ولو قال : « لفلان عندى ألف درهم عارية » - فهو قرض .
 وكذا فى كل ما يكال أو ^(٦) يوزن - لأن إعارة ما ^(٧) لا ينتفع
 بأعيانها إلا بالاستهلاك ^(٨) : يكون ^(٩) قرضا فى العرف .
 وأما بيانه الشروط ^(١٠) :

فالعقل والبلوغ : شرط ، بخلاف ، لأنه لا يصح بدونهما ^(١١)
 التصرف الضار .
 وأما الحرية : ففى شرط فى بعض الأشياء ، دون بعض ، على ما نذكر .

- (١) فى : « لى » .
- (٢) « ولو قال ... لإقرار » ليست فى ب .
- (٣) « لفلان » من أ ب و ح .
- (٤) « أو مضاربة قرضا أو ديناً » ليست فى أ و ح .
- (٥) فى الأصل و ب كذا : « يطرأ » . وفى أ و ح كذا : « نظرى » .
- (٦) فى أ ب و ح : « و » .
- (٧) فى أ و ح : « لأن العارية مما » . وفى ب : « لأن عارية ما » .
- (٨) فى ب : « باستهلاك » .
- (٩) فى أ و ح : « فيكون » .
- (١٠) فى ب : « الشرط » .
- (١١) فى أ و ح : « لا يصح منها » . وفى ب : « حتى لا يصح من الصبي والمجنون » ، لأنه لا يصح منها .

وكذا الرضا والعلو: شرط - حتى لا يصح إقرار المكره بشيء ،
على ما يعرف في « كتاب الإكراه »^(١) .

وأما بيانه أنواع^(٢) المقر به :

فهو نوعان في الأصل : حقوق الله تعالى ، والثاني حقوق العباد .
أما مقوى الله تعالى - فتوعان^(٣) :

أحدهما - أن يكون خالصا^(٤) : كحد الشرب^(٥) ، والزنا ،
والسرقة - والإقرار به صحيح ، من الحر والعبد .
ولو رجع المقر^(٦) عن ذلك ، قبل الاستيفاء : بطل الحد ، لاحتمال
الصدق في الرجوع ، فأورث شبهة .
ويكتفي في ذلك بالإقرار^(٧) مرة ، إلا في الزنا : فإنه يشترط
العدد أربع مرات ، لحديث ماعز^(٨) ، بخلاف القياس^(٩) .

(١) سيأتي « كتاب الإكراه » في هذا الجزء الثالث من « الصحة » .

(٢) « أنواع » ليست في ب .

(٣) في ب : « فهو نوعان » . وفي الكشاف (٧ : ٢٢٣ : ١٦) : « أما حق الله
سبحانه ونعالى فتوعان أيضا : أحدهما أن يكون خالصا لله تعالى وهو حدائره والسرقة والضرب ،
والثاني - أن يكون لعبد فيه حق ، وهو حد القذف ، ولصحة الإقرار بهائشراط ذكرها في
كتاب الحدود » .

(٤) « لله » من « . وفي أ : « لله تعالى » .

(٥) في ب : « شرب الخمر » .

(٦) في أ و ب : « المقر به » .

(٧) الباء من أ و ب . وفي ب : « ويكتفي بذلك في الإقرار » .

(٨) في أ و ب : « بحديث ماعز » . راجع فيها تقدم الهامش ٩ من ٢١٩ .

(٩) راجع فيها تقدم ص ٢١٧ وما بعدها .

وروى عن أبي يوسف أنه اعتبر عدد الإقرار بعدد^(١) الشهادة :
فشرط^(٢) في السرقة والشرب : الإقرار مرتين - لكن روى عنه أنه رجع .
ويستوى الجواب ، في الإقرار بالحدود : بين^(٣) تقادم العهد^(٤)
وعدمه ، إلا في شرب الخمر : فإنه لا يؤخذ به عند أبي حنيفة وأبي يوسف
بعد ذهاب رائحة الخمر ، استحساناً - لحديث ابن مسعود^(٥) . وعند محمد :
يؤخذ^(٦) به^(٧) ، وهو القياس .

فأما حد الخذف - فقد^(٨) ذكرناه في كتاب الحدود^(٩) .

وأما مفروق العباد - فأشأنه :

منها - القصاص والدية^(١٠) .

(١) في أ و ب : بعد .

(٢) في أ و ب : شرطاً في السرقة ...

(٣) في أ و ب : وبين .

(٤) في أ و ب : الزمان .

(٥) كذا في أ و ب و ج . وفي الأصل تشبه : « بحديث ابن مسعود » . وهو ما روى
أن رجلاً جاء بأين أخ له إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه . فاعترف عنده بشرب الخمر
فقال له عبد الله : « يس ولي التيمم أنت ! لا أدبته صغيراً ولا ستريت عليه كبيراً ! - ثم قال رضي
الله عنه : تلتوه ، ومزمزوه واستكبروه : فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه » (الكاساني ٧٠ : ٥١)
وانظر الزيلعي ، ١٩٦ : ١٩٧ .

(٦) في ج كذا : يؤخر .

(٧) « ب » ليست في ب .

(٨) القاء من أ و ب و ج . وحد الخذف هو الحد الذي هو حق الله سبحانه وتعالى والعبء

فيه حق - راجع ما قدمنا في المأخذ ٣ ص ٣٢٠ قلا عن الكاساني (٧ : ٢٢٣ : ١٦) .

وراجع فيما تقدم ص ٢٢٧ .

(٩) راجع فيما تقدم ص ٢٢٣ وما بعدها .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ١٤٢ وما بعدها .

ومنها - الأموال^(١) .

ومنها - الطلاق والتمات وحق الشفعة^(٢) - ونحو ذلك .

والمال قد يكون عينا وقد يكون ديناً ، وقد يكون معلوماً وقد يكون مجهولاً ، وقد يكون الإقرار في الصحة وقد يكون في المرض - فنذكر جملة ذلك إن شاء الله تعالى .

أما إقرار المبد - فنذكر^(٣) في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى .
وأما الحر^(٤) - فأقراره بالمال ، صحيح ، كيفما كان ، سواء كان المال المقر به^(٥) عينا أو ديناً ، وسواء كان معلوماً أو مجهولاً ، وعليه البيان . فجباله المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، وجباله المشهود به تمنع صحة الشهادة والقضاء ، لأنه^(٦) لا يمكن القضاء بالمجهول^(٧) . فأما في الإقرار < ف > يؤمر بالبيان ، والقول قوله - بيانه :

— إذا أقر أنه « غصب من فلان مالا » أو « فلان عليه^(٨) شيء » أو حق ، فإنه يؤمر بالبيان : فإذا بين شيئاً له قيمة ، ويجرى فيه المنع والشح :

(١) « ومنها الأموال » ليست في .

(٢) في ب : « وحقوق الشفعة » . راجع في الطلاق ج ٢ ص ٢٥١ وما بعدها . وفي التناق ج ٢ ص ٣٨٠ وما بعدها . وفي الشفعة ج ٣ ص ٦٦ وما بعدها .

(٣) إلقاء من ا و ب و ح .

(٤) تكررت كلمة « الحر » في الأصل .

(٥) المقر به « من ا و ح .

(٦) « لأنه » من ا و ب و ح .

(٧) « القضاء بالمجهول » من ا و ح .

(٨) « كذا في ب . وفي الأصل ا و ب : « على » .

يصدق^(١) . وإن كان بخلافه : يجبر على بيان شيء له قيمة^(٢) .

— وفي النصب إذا قال : « غصبت منه شيئاً »^(٣) « فبين »^(٤) لما لا قيمة

له ، بأن قال « غصبت منه شيئاً حراً »^(٥) صغيراً ، أو « حراً مسلماً » أو « جلد

ميتة » : يصدق ، لأن^(٦) هذا مما^(٧) ينصب عادة .

— ولو قال : « غصبت شاة أو عبداً أو جارية » فبين سلباً^(٨) أو مع

الغيب^(٩) ، أو^(١٠) قال : « غصبت داراً » فبين^(١١) في بلدة قريبة^(١٢) أو

في بلدة بعيدة^(١٣) . يصدق ، لأن النصب يكون على ما يتفق ، فيكون

القول قوله ، إلا أن في غصب الدار : إن أمكنه تسليمها^(١٤) إليه^(١٥) :

يسلم ، ولا ضمان عليه إن^(١٦) خربت أو عجز عن التسليم ، إلا عند محمد :

(١) في أ و ح : « صدق » . وفي ب كذا : « تصدق » .

(٢) في أ و ح : « بخلاف ذلك يجبر على البيان بما له قيمة » .

(٣) « منه شيئاً » غير واضحة في الأصل (المصورة) وأخذناها من أ و ب و ح .

(٤) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « تبين » .

(٥) « حراً » من أ و ح .

(٦) كذا في أ و ب و ح . و « صدق لأن » ليست ظاهرة في الأصل (المصورة) .

(٧) « مما » ليست في أ و ح .

(٨) في ب : « سلباً » .

(٩) كذا في أ و ب و ح . و « مع الغيب » غير واضحة في الأصل (المصورة) .

(١٠) في ب : « ولو » .

(١١) في أ و ح : « وبين » .

(١٢) « قرية » سابقة من أ و ح .

(١٣) في ح و ب : « بلدة بعيدة » .

(١٤) في أ و ح : « تسليمها » .

(١٥) « إليه » ليست في ب .

(١٦) في ب : « وإن » .

فإنه يجب عليه القيمة عند العجز - وهي مسألة معروفة .

— ولوقال : « على قفيز حنطة » - فهو بقفيز^(١) البلد الذي أقر فيه ،
فكذلك^(٢) الرطل والأمان^(٣) والصنجات - فذلك كله على وزن البلد .
— ولو قال : « على ألف درهم » - فهو على ما يتعارفه أهل البلد من
ال« وزن أو »^(٤) العدد^(٥) ؛ وإن لم يكن شيئا متعارفا ، فيحمل على
وزن سبعة ، فإنه الوزن المتبر في الشرع^(٦) ، وكذلك في الدينار : يعتبر
وزن^(٧) المتأقيل إلا في موضع يتعارف فيه بخلافه^(٨) .

— ولوقال : « فلان على درهم » أو « دينير » - فعليه التام ، لأن التصغير
قد يذكر^(٩) لصغر^(١٠) الحجم ، وقد يكون^(١١) لاستحقاق الدرهم ، وقد

(١) في ب : « قفيز » - والقفيز مكيال (المرب) .

(٢) في ب : « وكذا » - وفي أ و هـ : « وكذلك » .

(٣) في أ و هـ : « والأمان » وكلاما صحيح : الأمان جمع مَنَّا والأمان جمع مَنَر
والتا والمن ما يكال به السمن وغيره وقيل الذي يوزن به رطلان المصباح) .

(٤) في ب : « و » .

(٥) في أ : « المسود » .

(٦) انظر الخامس بعد التالي .

(٧) في أ و ب و هـ : « يعتبرون » بدلا من « يعتبر وزن » .

(٨) في المرب : « الدرهم اسم المفروب المدور من القضة كالقنطار من الذهب .
وقوله المتبر في الثناير وزن المتأقيل وفي الدرهم وزن سبعة : قال الكرخي في مختصره : وهو
أن يكون الدرهم أربعة عشر قيراطا وتكون الشرة وزن سبعة متاقيل والمائتان وزن مائة وأربعين
متاقلا وكانت الدرهم في الجاهلية تقالا متاقيل وخففا طرية لما ضرت في الإسلام جموا التتيل
والخفيف فبصلوها درهمين فكانت الشرة وزن سبعة متاقيل . وذكر أبو عبيد في كتاب الأموال
أن هذا الجمع والقرب كان في عهد بني أمية وطول القول فيه وهو في المرب » .

(٩) في أ و هـ : « قد يكون » .

(١٠) « لصغر » ليست في أ .

(١١) في ب : « وقد يذكر » .

يكون لحفة الوزن : فلا يتقص الوزن بالشك .

— ولو قال : « فلان على دراهم أو ^(١) دنانير » - يقع على ^(٢) ثلاثة ،
لأنها ^(٣) أقل الجمع .

— ولو قال : « على دراهم كثيرة » - يقع على عشرة عند أبي حنيفة ،
وعندهما : على النصاب وهو مائتا درهم .

— ولو قال : « على مال عظيم » أو « كثير » أو « كبير » ^(٤) - فعليه مائتا
درهم ، بلا خلاف ، عند بعضهم . وقيل : على قول أبي حنيفة : يقع على
العشرة . وقيل : يعتبر ^(٥) حال المقر : إن كان غنيا يقع على ما يستعظم عند
الانغناء ، وإن كان فقيرا يقع على النصاب .

— ولو قال : « غصبت إبلا كثيرة » أو « شيئا ^(٦) كثيرة » - يقع على
أقل النصاب من جنسه .

— وإن قال : « على حنطة كثيرة » ^(٧) - يقع ^(٨) عندهما على خمسة

(١) في ب و هـ : « أو على » .

(٢) « على » ليست في ب .

(٣) كذا في ا و هـ . وفي الأصل : « لانه » .

(٤) « أو كبير » ليست في ا و ب و هـ .

(٥) كذا في ا و ب و هـ . وفي الأصل : « يعتبر على » .

(٦) في ا و هـ كذا : « شياء » . وفي ب : « شاء » . وفي الأصل : « شاء » ، وجمع

شاء : شاء وشيأ (المصباح) .

(٧) كذا في ا و ب و هـ . وفي الأصل : « كثيرة كثيرة » .

(٨) « يقع » من ا و هـ .

أوسق^(١)، وعند أبي حنيفة: البيان إليه .
 — وإن قال: «على»^(٢) أموال عظام — روى عن أبي يوسف أنه يقع
 على ستمائة، لأن أقل الجمع ثلاثة^(٣) .

. . .

ولو قال: «على» ثلاثة دراهم غير درهم^(٤) — يلزمه درهمان، لأن
 كلمة «غير» بالنصب للاستثناء^(٥) .
 — وكذا إذا قال: «على»^(٦) ثلاثة آلاف^(٧) درهم غير ألف^(٨) —
 يلزمه ألفان، لما قلنا .
 — وكذا لو قال: «على» ثلاثة دراهم إلا درهما^(٩) — فعليه درهمان .
 — ولو قال: «على» عشرة إلا ثلاثة — يلزمه سبعة .

(١) الوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو خصة أساتير وثلاث اعن
 الحسن وابن سيرين . قال الأزهري : الوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه
 وسلم والخمسة الأوسق ثنتان صاع والصاع ثمانية أربطال وهو مثل القنبر الحجابي ومثل ربع
 الهاضمي (المغرب) .

(٢) «على» من أ .

(٣) راجع فيها قدم (ص ٣٢٥) قوله : «ولو قال : «على» مال عظيم» .

(٤) «غير درهم» ليست في ب .

(٥) كذا في أ وب . وفي الأصل كذا : «... غير أما لنصب الاستثناء» . وفي ج :

«... غير الاستثناء» اهـ .

(٦) كذا في أ و ب . وفي ج : «ولو قال» .

(٧) «على» ليست في أ و ب .

(٨) «آلاف» من أ وب و ج . وفي الأصل : «ثلاثة ألف» .

(٩) في أ و ب : «غير الألف» .

(١٠) في ج و ب : «إلا درهم» .

— ولوقال: «إلا سبعة»: يلزمه ثلاثة، لأن الاستثناء تكلم بالباقي.

وفي الاستثناء من الاستثناء: يكون الاستثناء من المستثنى^(١)، لا من المستثنى منه^(٢)، ويلحق^(٣) ذلك بالمستثنى منه.

— إذا قال: «على عشرة دراهم إلا ثلاثة»^(٤)، إلا درهما^(٥)، — يلزمه ثمانية، لأن ثلاثة^(٦) صارت مستثناة^(٧) من العشرة، ثم الاستثناء الثاني من الثلاثة، لأنه أقرب إليه، فيخرج درهم ويلحق^(٨) بالمستثنى منه، وهو سبعة، فصار^(٩) ثمانية.

— ولوقال: «لقلان على عشرة دراهم إلا ثوباً» — لا يصح الاستثناء عندنا. وعند الشافعي: يصح، ويخرج قدر قيمة الثوب.

— ولو استثنى شيئاً من المكييل والموزون، بأن قال: «على عشرة دراهم إلا»^(١٠) قفيز حنطة، أو «على مائة دينار إلا عشرة دراهم» — يصح الاستثناء

(١) في أو: «يكون استثناء من الاستثناء». وفي ب: «يكون الاستثناء من الاستثناء».

(٢) في ب كذا: «لا من الاستثناء منه».

(٣) في أو: «يلحق».

(٤) في أو: «عشرة إلا ثلاثة دراهم». وانظر الهامش التالي.

(٥) في ب: «إلا درهم». و «إلا درهما» ليست في أ. وراجع الهامش السابق.

(٦) في أو: «لأن الثلاثة».

(٧) كذا في ب. وفي الأصل و ب: «صار مستثنى». وفي أ: «صارت مستثنى».

(٨) في ب: «يلحق».

(٩) الفاء من أو: «».

(١٠) «توباً لا يصح الاستثناء... دراهم إلا» ليست في ب.

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، ويخرج من ^(١) المستثنى ^(٢) منه قدر قيمة القفيز والعشرة ^(٣) ، لأن الجلس واحد وهو القدر . وقال محمد وزفر رحمهما الله : لا يصح الاستثناء كما في التوب .

— ولو قال لفلان : « على ألف درهم إلا قليلا » - يلزمه أكثر من النصف ، والقول ^(٤) قوله في الزيادة مع يمينه .

— وكذا إذا قال : « على قريب من ألف » أو « زهاء ^(٥) ألف » أو « عظيم ^(٦) الألف » لأن هذا أكثر من النصف يمين ، وفي الزيادة : القول قوله .

— ولو قال : « على ألف ونيف » - فمليه الألف ، وعليه ^(٧) بيان النيف ، لأنه عبارة عن الزيادة .

— ولو قال : « على ألف و ^(٨) درهم » أو « على مائة ودينار » -

(١) « من » ليست في ب .

(٢) في « كذا » : المستثنى منه .

(٣) في ب : « وهو العشرة » وقد وردت « وهو العشرة » في أ و - قبل « قدر قيمة القفيز » .
ورى أن الصحيح ما في الأصل فالمستثنى هو « قدر قيمة القفيز » في المثال الأول و « عشرة دراهم » في المثال الثاني .

(٤) في ب : « فاقول » .

(٥) هذا في ب بمعنى قدر - يقال : هم زهاء ألف أي قدر ألف (المصباح) . وفي الأصل و أ و - : « وزنها » .

(٦) عظيم الشيء أكثره (المصباح) . وفي التاموس : « وعظم الأمر بالضم والفتح مُعْظَمُهُ » .

(٧) في - : « فليه » .

(٨) الواو من أ .

يكون^(١) المطوف عليه من جنس المطوف ، بالاتفاق .
وكذلك في جميع المكيل ، والموزون ، والمددى المتقارب .
— وأما في العروض والمددى المتفاوت^(٢) ، بأن قال : « على عشرة
وثوب » أو « عشرة وعبد » أو « عشرة ودابة » — فعلى قول محمد^(٣) :
يلزمه المطوف المسمى ، والقول قوله في بيان المطوف عليه ؛ وعلى
قول أبي يوسف : يكون المطوف عليه من جنس المطوف ، لأن
العرف^(٤) على هذا .

. . .

ولو قال : « فلان على ألف — لا بل ألفان^(٥) » — > جملة هذا^(٦)
أن الاستدراك في الأقوات^(٧) ثلاثة أنواع : إما أن يكون في^(٨)
خلاف جنس الأول ، أو^(٩) يكون في^(١٠) جنس الأول^(١١)

(١) في ب : « ويكون » .

(٢) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « المتقارب » . راجع في المتن السطر السابق .

(٣) « محمد » ليست في ح . وفي ا : « على قول أبي حنيفة » .

(٤) في ح كذا : « الفرض » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل : « بل فلان » . وفي ا و ح : « ولو قال : على ألف

لا بل فاجلئة » .

(٦) في ا و ب و ح : « فاجلئة في هذا » .

(٧) في ا و ب : « في الإقرار » .

(٨) في ح : « من » . انظر الهامش بعد التالى والهامش ٢ من الصفحة الآتية .

(٩) في ح : « و » .

(١٠) في ا و ب و ح : « من » . راجع الهامش قبل السابق والهامش ٢ من الصفحة الآتية .

(١١) « الأول » ليست في ب .

واستدرك^(١) الفلظ في^(٢) القدر من الكثرة والقلة ، أو في الصفة من الجودة والردامة .

فأما^(٣) الأول - < ف > بأن يقول : « على ألف درهم - لا ا بل مائة دينار ، أو ذكر حنطة - لا ا بل كر شعير » . وحكمه أنه يلزمها^(٤) جميعا ، لأن الفلظ فيه نادر^(٥) ، < والتادر ملحق بالمدم >^(٦) .

وأما الثاني - بأن قال « على ألف درهم - لا ا بل ألفان »^(٧) أو قال^(٨) : « على دينار - لا ا بل ديناران »^(٩) - فيلزمه إلاكثر ، استحسانا ، والقياس أن يلزمها^(١٠) جميعا ، كما في خلاف الجنس ، وكما^(١١) في الطلاق إذا قال^(١٢) : « أنت طالق واحدة - لا ا بل ثنتين »^(١٣) - يقع الثلاث ، وهو

(١) في ا و : « واستدراك » .

(٢) في ا : « من » . وراجع الهامشين ١٠٨ و ١٠٩ من الصفحة السابقة .

(٣) « فأما » من ب . وفي ا و : « أو الأول » .

(٤) في ا و : « أنه يلزمه » . وفي ب : « أنها يلزمها » .

(٥) « نادر » من ا و ب و .

(٦) من الكسائي (٣١٢ : ٧) من أسفل () .

(٧) « ألف درهم - لا ا بل ألفان » ليست في ا و . وانظر الهامش التالي .

(٨) « أو قال » من ب .

(٩) في الأصل و ب : « دينارين » . وفي : « على درهم - لا ا بل ديناران » .

وفي ا : « على درهم - لا ا بل دينار » .

(١٠) في ا و : « أن يلزمه جميعا » . وفي ب : « أن يلزمه الكل جميعا » .

(١١) « جا » ليست في ا و - فقيها : « وفي » .

(١٢) « إذا قال » من ا و ب و .

(١٣) في ب : « اثنتين » .

قول أبي يوسف ومحمد، وفي الاستحسان أنه إخبار^(١)، ويجرى فيه التلطف،
فيصح التدارك، بخلاف إنشاء الطلاق، حتى إن في^(٢) الإخبار كذلك،
بأن قال^(٣) : «كنت^(٤) طلقت امرأتى أمس واحدة - لا ابل ثنتين^(٥)» :
يقع على الأكثر .

وأما الثالث - بأن قال : «على ألف درهم^(٦) سود - لا ابل يرض^(٧)» .
أو قال^(٨) : «على قفيز حنطة جيدة^(٩) - لا ابل وسط» : «ف» يلزمه
الأجود .

— ولو قال : «لقلان على ألف عن^(١٠) مبيع^(١١) إلا أنه^(١٢) زيوف» -
«ف» عند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يلزمه^(١٣) الجيد^(١٤)، ولا يصدق،

(١) في ب : «الإخبار» .

(٢) في «ليست في» .

(٣) «بأن قال» ليست في أ .

(٤) «كنت» ليست في ب .

(٥) في ب : «اثنتين» .

(٦) «درهم» من ب .

(٧) في أ و ح : «أيض» .

(٨) «أو قال» من ب . وفي أ و ح : «أو : على» .

(٩) في أ و ح : «جيد» .

(١٠) في ب : «من عن» .

(١١) «كذا في ب . وفي الأصل : «مبيع» .

(١٢) في ب : «أما» .

(١٣) «الأجود ... يلزمه» ساقطة من أ و ح .

(١٤) في ب : «الجيد» .

سواء^(١) وصل أو فصل ، كما لو قال : « بتك هذا العبد على أنه معيب » :
لم يصدق ، وإن وصل - وعندهما : إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق^(٢) .
وفي القرض روايتان عنه .

— وإذا قال : « على ألف درهم » مطلقاً ، ثم قال « زيوف » - يصدق
بشرط^(٣) الوصل في قولهم .

وفي النصب والوديعة : يصدق ، وصل أو فصل .
— ولو قال : « على من عن بيع ، ألف درهم ستوقه^(٤) » أو رصاصاً -
لا يصدق عند أبي حنيفة ، وعن أبي يوسف أنه يصدق إذا وصل .
وفي^(٥) البيع الفاسد^(٦) وفي النصب والوديعة : يصدق^(٧) في
الستوقه^(٨) ، بشرط الوصل ، في قولهم جميعاً^(٩) .

— ولو قال : « له على ألف درهم » ثم قال : « هو ممن^(١٠) » - لم يقبضه
منه^(١١) . - لم يصدق في قول أبي حنيفة ، إلا أن يقول موصولاً ، والعبد

(١) ق ب : « وسواء » .

(٢) « وعندهما إن ... لا يصدق » ساقطة من أ و ح .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بشرط » .

(٤) الستوق ما كان الصغر أو النحاس هو الثالب الاسكر (راجع المغرب) ..

(٥) « في » من أ و ح .

(٦) كذا في أ و ح . وفي الأصل : « والبيع فاسد » راجع المامض السابق وانظر

المامض التالي .

(٧) « وصل أو فصل ... ولو قال ... والوديعة يصدق » ليست ق ب .

(٨) في الأصل : « وفي البرقة » . راجع فيها تقدم المامض ٤ .

(٩) « جميعاً » ليست في أ و ح .

(١٠) في أ : « من ممن » .

(١١) « منه » ليست ق ب .

قائم بعينه ، في يد المقر له . وعندهما : إن صدقه المقر له كان القول قوله ، وإن لم يصدقه كان الالف له ، لازما عليه ^(١) .

— ولو قال : « اقتضيت ^(٢) من فلان ألف درهم التي لي عليه » أو قال : « استوفيت » أو « قبضت » أو « أخذت » - وقال المقر له : « لم يكن لك على شيء » - يؤمر بردها إليه ، مع يمينه ، على ما يدعيه المقر ^(٣) .

— ولو قال : « أخذت من فلان ألف درهم وديعة » ، فقال ^(٤) فلان : « بل أخذتها غصبا » - فالقول قول المقر له ، لما قلنا .

— ولو قال : « أودعني ^(٥) فلان ألف درهم » أو قال : « أعطاني وديعة » ، فقال : « لا ^(٦) » بل أخذتها غصبا - فالقول قول المقر ، لأنه مأقر بسبب الضمان ، وهو ^(٧) الاخذ .

ثم الأقوال في حالة الصحة - يصح للأجنبي والوارث جميعا ^(٨) ، من جميع المال ، ولا يكون الدين المتقدم أولى ^(٩) ، ويكون الغرماء أسوة

(١) في أ و هـ : « كان الالف في ذلك لا زما عليه » .

(٢) في أ و هـ : « قبضت » .

(٣) في أ و هـ : « المقر له » .

(٤) في أ و هـ : « وقال » .

(٥) في أ و هـ : « قال ساقطة » .

(٦) « لا » من ب .

(٧) في ب : « وهو قول » .

(٨) « جميعا » ليست في أ و ب و هـ .

(٩) « أولى » ليست في أ .

— يا هـ —

إذا صار مريضاً : ليس ^(١) له ^(٢) أن يؤثر البعض في القضاء ، وفي الأداء في حالة الصحة له أن يؤثر البعض ^(٣) ، لأن الدين يثبت في الذمة حالة الصحة ^(٤) ، وإنما ينتقل إلى المال بالمرض - فكذلك ^(٥) على هذا .

أما ^(٦) الأقوال في المرض ^(٧) - < ف > يصح للأجنبي من جميع المال ^(٨) ، ولا يصح للوارث إلا إذا أجاز الورثة ، لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره . أما إذا ثبت بالينة ، أو بمشاهدة ^(٩) القاضي ، فهما سواء .

وإقرار المريض باستيفاء الدين في حالة المرض : يصح ، سواء كان دين الصحة أو دين المرض في الجملة - وهذا في حق الأجنبي ، وله تفاصيل كثيرة ^(١٠) .

.

وأما الأقوال بالوارث من المريض أو من الصحيح - < ف > نوعان :
في حق النسب ، وفي حق الميراث .

(١) في ب « وليس » .

(٢) « له » ليست في ا و ح .

(٣) « في القضاء ... يؤثر البعض » ليست في ب .

(٤) « الصحة » ليست في ا و ح .

(٥) في ا و ح : « وكذلك » .

(٦) « أما » ليست في ا و - فيها العبارة السابقة متصلة بهذه .

(٧) في ح - كذا : « في المرض » .

(٨) « المال » ليست في ب .

(٩) في ا و ح : « بشهادة » .

(١٠) في ا و ح - كذا : « ولو تنازل كثيرا » . راجع هذه التفاصيل في الكاساني ، ص : ٢٢٦

٢٢٦ من أسفل - ٢٢٨ .

أما في النسب - فن الرجل يصح بخمسة^(١) نفر: بالوالدين، وبالولد، وبالزوجة، وبكونه مولى لفلان^(٢) - لأنه ليس فيه تحمیل^(٣) النسب على غيره^(٤).

ومن المرأة يصح بأربعة: بالوالدين، وبالزوج، وبالولاء، دون الولد^(٥)، لأن فيه تحمیل^(٦) النسب على الغير. ولا يصح الإقرار بالأخ والعم والحال في حق النسب ونحو ذلك^(٧)، لما فيه من تحمیل النسب، فلا بد من اليقنة.

فأما في حق الميراث - <ف> إن لم يكن للمقر وارث ظاهر: صح إقراره في حق الإرث^(٨)، لأنه إقرار على نفسه. فأما إذا كان له وارث ظاهر: <ف> لا يصح في حقه، وإن كان الذي أقر به، مقدما عليه، بأن أقر بالأخ^(٩) وله خال^(١٠) وعم^(١١)، لأن فيه إبطال حق القريب. وكذلك لو كان له مولى الموالاة، لأنه آخر الورثة، فلا يصح إقراره في حقه.

(١) في أ و هـ: «خمسة».

(٢) «فلان» ليست في هـ.

(٣) في أ و هـ: «حل». انظر فيما يلي الهامش ٦.

(٤) في ب في هذا الموضع تكرار وخطب وتصحيح.

(٥) في أ و هـ: «ولا يصح بالولد».

(٦) في أ و هـ: «حل». راجع فيما تقدم الهامش ٣.

(٧) ونحو ذلك «ليست في ب».

(٨) كذا في أ و ب و هـ. وفي الأصل: «الوارث».

(٩) في ب: «الأخ».

(١٠) في ب: «خال».

(١١) في أ و هـ: «أو».

ولو أوصى بجميع ماله ، ثم أقر بأخ^(١) : صح إقراره ، وتنفذ من الثلث .

وكذا لو أقر بأخ ، ثم أوصى بجميع ماله : يصح من الثلث ، وإقراره بالأخ صحيح في حقه إن لم يصح في حق غيره .
ولو أقر بالأخ ، ثم رجع : صح ، لأنه ثبت بقوله^(٢) .

وعلى هذا - الوارث إذا أقر بوارث^(٣) آخر : يصح في حق نصيبه حتى إن الأئخ إذا^(٤) أقر بأخ آخر ، فإن ما^(٥) في يده يكون نصفين^(٦) .

وهذا كله إذا صدقه المقر له في ذلك ، فأما إذا لم يصدقه^(٧) يثبت^(٨) .

(١) في ب : « بالأخ » .

(٢) في ا و هـ : « قوله » .

(٣) في ا و هـ : « لوارث » .

(٤) في هـ : « في حق نفسه » .

(٥) « لذا » ليست في هـ .

(٦) مكتوبة في الأصل هكذا : « فلأخ » .

(٧) في الأصل وب : « نفيان » . وهي ليست في ا و هـ .

(٨) في هـ : « لم يصدق » .

(٩) زاد في ب : « والله أعلم بالصواب والله المرجع والمآب » . وفي ا : « والله أعلم » .

كتاب الوصايا

في هذا ^(١) الكتاب فصلان :

فصل ^(٢) في الوصية ،

وفصل في الایضاء .

نبدأ بالوصية ^(٣) - فنقول :

نحتاج ^(٤) إلى :

بيان الوصية ،

وإلى بيان صفة ^(٥) المشروعية ،

وإلى بيان شرائط الصحة ،

وإلى بيان الموصى به ،

وإلى بيان الموصى له ^(٦) ،

وما يتصل بهذه الجملة ^(٧) .

(١) في ب : « قال رحمه الله : في هذا » .

(٢) « فصل » ليست في ب .

(٣) في ب : « في الوصية » .

(٤) في ب وح : « يحتاج » .

(٥) « صفة » من ا و ب وح .

(٦) « وإلى بيان الموصى له » ليست في ب .

(٧) في ب كذلك : « وما يتصل من هذه الجملة » .

أما الوصية

فهي تمليك مضاف^(١) إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرع ، إذ التمليك أنواع ثلاثة ، فلا بد لكل نوع من^(٢) اسم خاص لتمييز عن صاحبه : فالبيع اسم تمليك عين المال بعوض في حالة الحياة ، و^(٣) الهبة والصدقة تمليك عين المال بغير عوض في حالة الحياة^(٤) بطريق التبرع ، والمارية تمليك المنفعة بطريق التبرع في حالة الحياة - فيكون الوصية اسماً لتمليك المال ، بعد الموت ، بطريق التبرع^(٥) ، في العين والمنافع جميعاً .

فأما الاعتاق في مرض الموت تنجيهاً ، وكذا^(٦) الهبة ، والجأزة - > ليست من جملة الوصية : فإنها نافذة للحال . وكذلك الكفالة ، وضمان الدرك^(٧) - لكن في معنى الوصية^(٨) على معنى أنه يعتبر^(٩) من ثلث المال ، لتعلق حق الفرماء بالتركة^(١٠) في مرض الموت .

(١) في ب : « تمليك مضاف » .

(٢) « إذ التمليك أنواع ثلاثة فلا بد لكل نوع من » من ا و ح . وهي في ب ماعدا « ثلاثة » .

(٣) « الحياة و » ساقطة من ت ق حيا : « بعوض في حالة الحياة » .

(٤) في ا ب و ح : « في حال الحياة بغير عوض » . إلا أن في ب : « وبغير عوض » .

(٥) « في حال الحياة فيكون الوصية .. للتبرع » ليست في ب . وكذا « التبرع » ليست في ا .

(٦) في ح : « تمييز وكذا » . وفي ا : « تمييز وكذا » .

(٧) الدرك « هو رجوع المشتري بالتقاضي على البائع عند استحقاق المبيع » (الباب في

الغاية ، ٩ : ٨٦) .

(٨) « فإنها نافذة ... في معنى الوصية » ليست في ب .

(٩) في ا و ح : « مشير » .

(١٠) في ح : « كذا » ؛ بالتذكير » .

— ١٥٤ —

ولو كان عليه حجة^(١) الاسلام ، أو^(٢) الزكاة ، أو^(٣) الكفارات ، وجبت في الصحة أو في المرض - فيبطل^(٤) بالموت عندنا . ولو أوصى بها : تصح^(٥) من الثلث ، بمنزلة التبرع^(٦) في المرض .

وعلى هذا قلنا : إن القبول من الموصى له ، والرد ، يعتبر بعد الموت ، لأن الإيجاب ينزل^(٧) بعد الموت ، والقبول يشترط عند الإيجاب ، كما في البيع وغيره - وهذا عندنا .

وعند زفر : القبول ليس بشرط ، ولا ترتد^(٨) بالرد ، كالميراث . ولو رد ، أو^(٩) قبل ، في حياة الموصى : لا يصح - حتى لو مات الموصى له ، بعد القبول ، قبل موت الموصى : فإن الوصية لا يكون ملكا لورثة الموصى له .

ولو مات الموصى له ، بعد^(١٠) موت الموصى ، قبل القبول والرد : < ف > القياس : أن لا يكون لورثة الموصى له شيء ، لأن القبول لم

(١) كذا في اوب و . وفي الأصل : « حج » . راجع ١ ص ٥٧٧ وما بعدها .

(٢) في اوب : « و » .

(٣) المهزلة من ب .

(٤) في اوب : « يبطل » .

(٥) كذا في ا . وفي الأصل وب و : « يصح » .

(٦) التبرع من اوب و .

(٧) ينزل من اوب و .

(٨) كذا في اوب و . وفي الأصل وب : « ولا يرتد » .

(٩) في ب : « و » .

(١٠) « القبول قبل ... للموصى له بعد » ليست في ب .

يوجد من الوصى له، فيبطل . و^(١) في الاستحسان : يصير لورثته : إما^(٢) لأنه وجد القبول منه^(٣) دلالة ، أو لأن^(٤) الأوبجاب قد تم بنفسه ، وتوقف^(٥) على قبوله ، فإذا مات : ثبت الملك له ، كأنه قبل دلالة - كالشترى^(٦) بالخيار : إذا مات يلزم^(٧) المقد . فلو رد ورثته بعد موته - هل يصح ردهم ؟ اختلف المشايخ فيه^(٨) : قيل : يجوز الرد ، لأنه صح لوجود القبول منهم دلالة ، فإذا وجد الرد^(٩) صريحا : يبطل . و^(١٠) قيل : لا يجوز^(١١) ، لأنه صار ميراثاً للورثة ، عن الوصى له^(١٢) ، لصيرورته ملكا له ، بالموت^(١٣) ، ولا يصح رد الميراث .

وأما بيان المشروعية^(١٤) - فنقول < :

قال بعضهم : مشروعة^(١٥) ، بصفة الوجوب ، في حق الكل .

(١) « و » ساقطة في « .

(٢) « إما » ليست في « و » .

(٣) في « و » : « منهم » .

(٤) في « كذا » : « ألا لأن » . وفي ب : « دلالة لأن » .

(٥) في « و » : « وتوقف » .

(٦) في « كذا » : « المشتري » .

(٧) في « و » : « يتم » .

(٨) « فيه » من « و » .

(٩) « الرد » من « و » .

(١٠) « و » ساقطة في « .

(١١) في « لا يبطل » .

(١٢) في « الوصى » .

(١٣) في ب : « بعد الموت » .

(١٤) لئلا يقال : « وأما بيان مشروعية » - راجع فيما تقدم ص ٣٣٧ .

(١٥) في « و » : « مشروعية » .

وقال بعضهم : واجبة في حق الوالدين ، لقوله تعالى : « الوصية للوالدين والأقربين » (١) .

والصحيح أنها مشروعة بطريق النذب (٢) ، لقوله عليه السلام : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم ، في آخر أعماركم ، زيادة في أعمالكم » .

وأما شرائط الوصية :

فمنها (٣) - أهلية التبرع : حتى (٤) لا يصح من الصبي ، والعبد والمكاتب في حق المولى (٥) .

ومنها - عدم الدين : لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصي بها أو دين » (٦) .

ومنها - التقدير (٧) بثلاث التركة : حتى إنها لا تصح ، فيها زاد على الثلث ، إلا أن يجيز (٨) الورثة ، وإجازتهم وردهم يصح بعد الموت . أما قبل

(١) البقرة : ١٨٠ والآية : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حتماً على المتقين » .

(٢) في ب كذا : « النذر » .

(٣) لقاء من أ و ب و ح .

(٤) « حتى » من أ و ب و ح .

(٥) راجع باب الكتابة ص ٤١٦ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٦) وردت في الآيتين ١١ و ١٢ من سورة النساء . أما الأولى : « فلامه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين » . وأما الثانية : « فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار » .

(٧) في ح : « تقدير » .

(٨) في أ و ح : « يجيزها » .

الموت: <ف> لا يصح، لما قلنا: إن^(١) الملك بالوصية يثبت بعد الموت^(٢).
ومنها - أن يكون الموصى له أجنبياً: حتى إن الوصية للوارث
لا تجوز إلا بإجازة الورثة، لقوله عليه السلام: «لا وصية لوارث»^(٣)
إلا أن يميز^(٤) الورثة - فإن أجاز بعض الورثة: تنفذ بقدر حصته من
الميراث لا غير.

ومنها - أن لا يكون قاتلاً، لقوله عليه السلام: «لا وصية لقاتل».
ولو أجاز الورثة: يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، لأنه لا يجوز لحق الورثة،
فيجوز بإجازتهم، كما في وصية الوارث^(٥). وعند أبي يوسف: لا يجوز
لأن المانع حق الله تعالى، فصار كالإيراث.

ومنها - أن يكون الموصى له موجوداً حياً^(٦): حتى لو أوصى
للجنين: إن كان موجوداً حياً^(٧) عند الإصاء، يصح، وإلا فلا. وإنما
يعرف بأن ولد، قبل ستة أشهر، حياً^(٨).

(١) في اوب و: «لأن».

(٢) انظر فيما تقدم من ٣٣٨ و ٣٤٠ وفيما بعد الكلام على «الموصى به» (ص ٣٤٣).
وانظر الكاساني، ٧: ٣٦٩ وما بعد ذلك.

(٣) في «الوارث».

(٤) في اوب و: «تبيز».

(٥) في اوب و: «في الوصية للوارث». وراجع السطور السابقة في المتن.

(٦) «حياً» ليست في اوب و.

(٧) «حياً... حياً» ليست في اوب و. ففيها: «الموصى له موجوداً عند الإصاء».

(٨) «حياً» ليست في اوب و.

وأما بيان الموصى به :

فالموصى به ^(١) يجب ^(٢) أن يكون مالا .

ثم المال نوعان : المنافع ، والأعيان ^(٣) .

أما الوصية بالمنافع :

فجائزة ^(٤) - بأن أوصى بخدمة ^(٥) عبد بعينه ، لفلان : يكون وصية بالخدمة له ^(٦) ، وعين العبد تكون ^(٧) للورثة . ما دام الموصى له حيا ، وإذا مات فيسلم ^(٨) العبد إلى الورثة ، فإنها في معنى العارية المؤبدية ، فينتهي بموت الموصى له .

وكذا لو أوصى ^(٩) بالعبد لإنسان وبخدمته ^(١٠) لآخر - جاز ، لما قلنا .

وكذا ^(١١) لو أوصى بسكنى داره ، أو بقطعة بستانه ، ولم يوقت في

(١) « فالموصى به » ليست في « وب » .

(٢) في « او » : « وجب » .

(٣) في « ا » : « منافع وأعيان » .

(٤) انهاء من ب .

(٥) « بخدمة » ليست في « ب » .

(٦) في « او » : « يكون الخدمة له » . وفي ب : « يكون وصية له بالخدمة له » .

(٧) كذا في ب . وفي الاصل « او » : « يكون » .

(٨) انهاء من ب .

(٩) « او » أوصى « ساقطة من ب » .

(١٠) في « او » : « وخدمته » .

(١١) « كذا » ليست في « او » . فيها : « ولو » .

ذلك وقتاً - فيكون^(١) للموصى له مدة حياته ، ويمود البستان والدار إلى الورثة ، وما كان^(٢) من الثمرة والغلة حاصلًا قبل موت الموصى له ، فيكون^(٣) لورثته^(٤) ، وما يحصل بعد موته^(٥) يكون لورثة الموصى . وإنما يجوز^(٦) إذا خرج من الثلث ، وإنما يعتبر خروج قيمة^(٧) الأعيان التي أوصى بنتها وخدمتها وثمرتها من الثلث ، دون^(٨) أن يضم الغلة وقيمة^(٩) الثمرة والخدمة إلى رقة الأعيان .

ولو أوصى بالثمره أو بالغلة المساكين : جاز ، بالاجماع .
ولو أوصى بسكنى داره ، أو^(١٠) بخدمة عبده^(١١) ، أو بظهر فرسه للمساكين : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجوز .
ولو أوصى لفقير واحد بمبنة : جاز^(١٢) - وهي مسألة^(١٣) معروفة .

. . .

(١) « فيكون » ليست في ب .

(٢) كذا في ا و ب و - . وفي الأصل : « وما كانت » .

(٣) القاء من ب .

(٤) في ب في هذا الموضع خطأ في الترقيم بترك رقم ١٩٣ وإتيان رقم ١٩٤ بد ١٩٢

ولكن ليس هناك قص في الببارة .

(٥) « بد موته » من ا و ب و - .

(٦) في ا و - : « يكون » .

(٧) « قيمة » ليست في ب . وانظر المامض التالي .

(٨) في ا و - : « وإنما يعتبر خروج الثلث بقيمة الأعيان التي أوصى بنتها وخدمتها وثمرتها

دون ... » .

(٩) « قيمة » ليست في ا و - . قتيبا : « والثمره » .

(١٠) في ب : « و » .

(١١) « عبده » ليست في - . قتيبا : « أو بخدمة أو » .

(١٢) « ولو أوصى ... جاز » ليست في ا و - .

(١٣) « مسألة » من ا و ب و - .

وأما الوصية بأعيان الأموال :

فإنه^(١) يجوز ، سواء كان الموصى به موجوداً معيناً ، أو بربع^(٢) المال أو ثلثه^(٣) أو خمسة^(٤) وله مال ، أو^(٥) أوصى بالمعدوم ، بأن يوصى بما يشرئفله أو ما يخرج من^(٦) بستانه ، أو ثلث ماله ولا مال له : فإن الوصية جائزة^(٧) من الثلث^(٨) . ويستبر الثلث^(٩) وقت موت الموصى ، لا قبله ، لما ذكرنا أنها إيجاب الملك عند الموت^(١٠) - حتى وإنه لو أوصى بثلث ماله وله^(١١) ثلاثة آلاف درهم^(١٢) ، ثم مات وله ألف : فإن الوصية تصح في ثلث^(١٣) الألف ، لما قلنا . ولو أوصى بلبن^(١٤) غنمه ، وأصوافها^(١٥) ، وأولادها ، ثم مات

(١) « فإنه » ليست في أو - .

(٢) في ب : « ربع » .

(٣) في ا : « أو ثلث المال » . وفي ح : « أو ثلث ماله » .

(٤) في اوب و - : « أو بخمسة » .

(٥) في ح : « وله ماله لأن » .

(٦) من « ليست في أو - » .

(٧) التام من اوب و - .

(٨) من الثلث « ليست في أو - » .

(٩) في او - : « الثلث فيه » .

(١٠) راجع فيما تقدم ص ٣٣٨ و ٣٤٠ .

(١١) له « ليست في أو - » .

(١٢) أي عند الوصية .

(١٣) كذا في اوب و - . وفي الأصل : « من الثلث » .

(١٤) في او - : « بثلث » .

(١٥) في ح كذا : « وأصوافها » .

الموصى : فإنه يقع على ما هو الموجود يوم الموت ، دون ما يحدث من ^(١) بعد الموت ، وإن لم يكن شيئاً موجوداً وقت ^(٢) الموت ؛ بخلاف الوصية بثمره ^(٣) النخلة : فإنه يقع على الموجود وقت الموت إن كان ، وإن لم يكن : يقع على ^(٤) ما يحدث بعد موت الموصى .

وأما الوصية بالموجود ^(٥) - < ف > إن ^(٦) كان شيئاً معيناً : فإنه

يصح فيه ، حتى إذا خرج من الثلث : يكون للموصى له ، وإن لم يكن ^(٧) يخرج : يكون له بقدر الثلث . وإذا هلك ثلثه وبقي الثلث : يكون ^(٨) كل الثلث له إن خرج ^(٩) من ثلث المال .

وأما إذا كانت ^(١٠) الوصية بثلث المال أو بربعه ^(١١) ونحو ذلك :

فإن خرج ^(١٢) : يكون له ^(١٣) ؛ وإن لم يخرج : يكون له بقدر الثلث .

. . .

(١) « من » ليست في أ و ح .

(٢) في « كذا » : « أو وقت » .

(٣) في أ و ح : « بثمر » . وفي ب تشبه : « بثمر » .

(٤) « على » ليست في أ و ح .

(٥) في « كذا » : « بالثوب » .

(٦) في ب : « ولد » .

(٧) « يكن » ليست في أ و ب و ح .

(٨) في ب : « فيكون » .

(٩) في أ و ح : « لئلا يخرج » .

(١٠) التاء من أ و ح .

(١١) في ب : « بثلث المال وربعه » .

(١٢) في أ و ح : « يخرج » .

(١٣) « له » ليست في أ و ح .

وأما إذا اجتمعت ^(١) الوصايا : لأحدهم ^(٢) بالثلث ، وآخر بالربع
ولآخر بالخمس ^(٣) : < ف > إن أجاز الورثة : جاز في الكل . و ^(٤) إلا :
يصرف إلى كل واحد منهم من الثلث بقدر وصيته ، ويتضاربون في
ذلك : فيكون ثلث الثلث ^(٥) لهذا ^(٦) وربع الثلث وخمس الثلث للآخرين
كما في المواريث ^(٧) .

وإن كان وصية أحدهم ^(٨) أكثر من الثلث ، بأن أوصى له بالنصف
أو بالثلثين ^(٩) :

< ف > عند أبي حنيفة : يضرب من زاد نصيبه على الثلث بالثلث
دون الزيادة ، ومن كان نصيبه دون الثلث فيما سمي له ^(١٠) .
وعندهما : يضرب صاحب الزيادة بجميع ما سمي له ^(١١) ، كما في

(١) التاء من ب .

(٢) في أ و ح : « ولأحدهم » .

(٣) في ح : « ولأحدهم الثلث والآخر الربع والآخر بالخمس » .

(٤) « لأن أجاز الورثة جاز في الكل » . ليست في أ و ح . وفيها : « بالخمس لأن خرجت
من ثلث المال يصرف (وفي أكذا : يضرب) » . وفي ب : « لأن أجاز الورثة جاز والأصح
يصرف ... إلخ » .

(٥) أكذا في ب . وفي الأصل : « الثلث الثلث » . وفي أ و ح : « ثلث المال » .

(٦) في ح : « أو » .

(٧) « الثلث وخمس الثلث ... المواريث » ليست في أ و ح . انظر الهامش التالي . وانظر

الكاساني ، ٧ : ٣٧٣ .

(٨) « ولأن كان وصية أحدهم » ليست في أ و ح . وفي ب : « وصية أحدهما » راجع الهامش

السابق .
(٩) في أ و ح أكذا : « بالنصف أو من الثلث بالثلثين » . وفي ب : « بالنصف أو بأكثر من

الثلث أو بالثلثين » .

(١٠) في ح : « يسمى له » . انظر الهامش بعد التالي .

(١١) « له » من أ و ح . وفي ح : « ما يسمى له » . انظر الهامش التالي .

الميراث (١).

وأجموا في خمس وصايا أنه يضرب بما سمي وإن جاوز عن الثلث (٢) :

(١) أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالنصف ، ولم تجز الورثة : فالتكث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة : لكل واحد منها سهم من ستة . وعند أبي يوسف وعمره رحمه الله : على خمسة : لصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهران .

وإن أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله ، ولم تجز الورثة : فلا خلاف أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ وإن قُضت حتى الثلث لا غير . وإنما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينها : فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم : للموصى له بالنصف أربعة - وللموصى له بالربع ثلاثة . وعند أبي يوسف وعمره : على ثلاثة : سهران للموصى له بالربع لأن الموصى له بالنصف لا يضرب إلا بالثلث عنده والموصى له بالربع يضرب بالربع فيحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر : ثلثها أربعة وربعها ثلاثة فتقبل وصيتها على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلاثة مثله وذلك أربعة عشر وجميع المال أحد وعشرون : سبعة منها للموصى لها : أربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالربع .

وعند أبي يوسف وعمره : يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم ، لأن الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما ، والموصى له بالربع يضرب بالربع ، والربع مثل نصف النصف ، فيجعل كل ربع سهران ، فالتكث يكون سهمين والربع سهران ، فيكون ثلاثة ، فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم : سهران للموصى له بالنصف ، وسهم للموصى له بالربع - وهذا بناء على أصل وهو أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا في خمسة مواضع (سنن في السطر التالي من المتن) .

وجه قولها أن الوصية وقفت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه ، فيجب اعتبارها ما أمكن إلا أنه تنذر اعتبارها في حق الاستحقاق لما فيه من إبطال حق الورثة ، ولأنه إضرار بهم ، فوجب اعتبارها في حق الضرب ، ولأنه يمكن إذ لا ضرر فيه على الورثة ، ولهذا اعتبرت التسمية في حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل .

ولأن حنيفة رحمه الله أن الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه يتيقن ، والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه يتيقن باطل ، ولذا قلنا إن الوصية بالزيادة وصية باطلة لأنها في قدر الزيادة صادفت حق الورثة إلا أنها وقفت على الإجازة والرد ، فإذا ردوا تبين أنها وقفت باطلة - وقوله « من كل وجه » يعني به استحقاقاً وتسمية ، وهي تسمية النصف فالتكث فلم تقع الوصية صحيحة في عجزها . وقولنا « يتيقن » لأنها لا يحتمل النفاذ لحال - ألا يرى أنه لو ظهر للبنت مال آخر لفقدت هذه الوصية وهي الوصية بالزيادة على الثلث - بخلاف المواضع الخمسة .

(راجع الكشاف ٧٠ : ٣٧٤ - ٣٧٥ . وانظر الهامش ٥ من الصفحة التالية) .

(٢) راجع الهامش المتقدم والهامش ٥ من الصفحة التالية .

في العتق الموقع في المرض ، وفي العتق^(١) المعلق بموت الموصى وهو التدبير^(٢) ، وبالحيابة في المرض ، و^(٣) بالوصية بالإعتاق بعد الموت ، وبالوصية المرسلة وهي الوصية بشئ بغير عينه ولا يكون منسوباً إلى جزء من المال نحو الوصية لفلان بمائة درهم و^(٤) نحوها^(٥) .

• • •

(١) في ١٠ : « وفي عتق » .

(٢) راجع « باب المدبر » ص ٤١١ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٣) « و » ليست في ١٠ .

(٤) « و » من « ا و ب و » .

(٥) في هذه المواضع الحصة يضرب بجميع وصيته من غير إجازة الورثة ، لأن الوصية ما وقعت باطلة يمين ، بل تستعمل التنفيذ في الجملة ، بأن يظهر مال آخر لغيره يخرج هذا القدر من الثلث ، فينبغي أن الوصية ما وقعت بالريادة على الثلث ، فلم يقع باطلة يمين ، بخلاف الحال فيها إذا أوصى بأكثر من الثلث ، لأنه وإن ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال في الوصية ولا يخرج من الثلث ، وهذا القدر يشكل بالوصية يمين .

وصورة الوصية بالعتق : إذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقها بقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ، ولم تجز الورثة ، عتقا من الثلث ، وثلث ماله ألف درهم ، فالألف بينها على قدر وصيتها ، ثلث الألف للذي قيمته ألفان فيعتق ثلثه ويسمى في الثلثين الورثة ، وثلث للذي قيمته ألف فيعتق ثلثه ويسمى في الثلثين الورثة ، فإن أجازت الورثة عتقا جيبا .

وصورة ذلك في الحيازة : إذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر يبا بالحيابة ، وقيمة أحدهما مثلا ألف ومائة وقيمة الآخر ستائة ، فأوصى بأن يباع الأول من فلان بمائة والآخر من فلان الآخر بمائة ، فهنا حصلت الحيازة لأحدهما بألف وللآخر بمحسنة ، وذلك كله وصية ، لأنها حصلت في حالة المرض - فإن خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز ، وإن لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة ، جازت عبايتها بقدر الثلث ، وذلك يكون بينها على قدر وصيتها ، يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بمحسنة .

وصورة ذلك في الدراهم المرسلة : إذا أوصى لإنسان بألف وللآخر مائة ، وثلث ماله ألف ، فالثالث يكون بينها أثلاثا ، كل واحد منها يضرب بجميع وصيته .

(راجع الكشاف ، ٧ : ٣٧٥ . وراجع المامش ١ من الصفحة السابقة) .

وهل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض ؟ فلا يخلو : إما إن كانت الوصايا للعباد ، أو تقع ^(١) لله تعالى .

أما إذا كانت الوصايا للعباد - فإنه يقدم العتق الموقع في المرض ، والعتق المطلق بمطلق الموت ، وهو التدبير الصحيح ^(٢) ، والمحابة في البيع الواقع في المرض ^(٣) . وما سوى هذه الوصايا يتضارب فيها أهل ^(٤) الوصايا على السواء : لا يقدم ^(٥) بعضهم على بعض . وإن ضاق الثلث عن العتق والمحابة : يبدأ بما بدأ به الموصي منهما ^(٦) ، لاستوائهما في القوة ، فترجع بالبداية ^(٧) - وهو قول أبي حنيفة ، وقالوا : يبدأ بالعتق لا بحالة ^(٨) ، لأنه لا ^(٩) يحتمل الفسخ ^(١٠) .

(١) في الأصل واوب و - : « يقع » .

(٢) « لأن الإعتاق التجز والمطلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى يقدمه الكسائي .
٧ : ٣٧٢ : ٢١ . وراجع « باب المدبر » ص ٤١١ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٣) لأن المحابة « تستحق بقدر ضمان وهو البيع إذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضمونا بالثمن والوصية تبرع فكانت المحابة المتعلقة بقدر ضمان أقوى فكانت أول بالتقديم »
الكسائي ، ٧ : ٣٧٣ : ١٣ . وانظر فيما تقدم المأمض ٥ ص ٣٤٩

(٤) « أهل » من اوب و - .

(٥) كذا في اوب و - . وفي الأصل : « لا يبدأ » . ولعله من « بدأه » جله يتمى .
أي قده ، وفصله (التجز) . وانظر فيما على المأمض ٧ .

(٦) في ا و - : « منها » .

(٧) كذا في - . وفي الأصل واوب : « بالبداية » . والصحيح « البداية » - راجع المأمض ٩ ص ١٧ من الجزء الأول .

(٨) « لا حالة » ليست في ا . وفي - : « لا بالمحابة » .

(٩) « لا » ليست في ب .

(١٠) راجع في ذلك الكسائي ، ٧ : ٣٧٣ : ١٤ وما بعده . وفيما تقدم المأمضين ٣ و ٢ .

وأما إذا كانت الوصايا بما هو من حقوق الله تعالى ، نحو الحج والزكاة والكفارات والصدقات ^(١) ونحوها من أعمال البر ، ينظر :

إن كان كله تطوعا : بدأ بما بدأ به الموصي ، لاستواء الكل ، في نفسه ، في القوة ، فيترجع بالبداية ^(٢) ، لأنه هو الأهم عنده ^(٣) ظاهرا ، ولا يقدم الوصية بالاعتاق لأنه يحتمل الفسخ ^(٤) ، كسائر الوصايا ، فإذا بلغ الثلث للكل ^(٥) فيها ونمت ^(٦) ، وإن في الثلث بالبعض ، يبطل الباقي .

وإن كانت ^(٧) كلها فرائض متساوية ، بأن كان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به ، يرجع بالبداية ^(٨) ، لتساويها ^(٩) في القوة ، وقالوا : في ^(١٠) الحج والزكاة ، عند أبي يوسف ، يقدم الحج في رواية ، وإن أخره جاز ^(١١) .

(١) « والصدقات » من ب .

(٢) في الأصل وب : « بالبداية » - راجع فيما تقدم المامتين ٧ ومن الصفة السابقة وانظر فيما بعد المامش .

(٣) في ب : « عند » .

(٤) « وأما لذا كانت الوصايا ... الفسخ » ليست في ا و ه . راجع الصفة السابقة .

(٥) في ب : « الكل » .

(٦) في الأصل وب : « فيها ونمت » . وفي ا : « فيها ونمت » . وفي ه : « فيها ونمت » .

(٧) « كانت » ساقطة من ب .

(٨) في الأصل وا و ب و ه : « بالبداية » . راجع فيما تقدم المامش ٧ وكذا المامتين

٧ ومن الصفة السابقة .

(٩) في ب : « لتساويها » .

(١٠) « قالوا » ليست في ا و ه . ففيها : « وفي » .

(١١) في الكشاف (٧ : ٣٧١ : ٥ من أسفل) : « وروى عنه أنه يبدأ بالحج ولا أخره

الموصي في التكرار » . وانظر المامش التالي .

وفى رواية : يقدم الزكاة - وهو قول محمد رحمه الله^(١) .
ثم ما أوجبه الله^(٢) تعالى ابتداء ، أولى مما^(٣) أوجبه عند فعل من^(٤)
المكلف ، فقالوا : يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة فى
القرآن . ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر ، والفطرة مقدمة
على^(٥) كفارة الفطر ، لأنها ثبتت^(٦) بخبر الواحد ، وهى مقدمة
على المنذور^(٧) ، وهو مقدم على الأضحية .
والواجبات كلها مقدمة على النوافل^(٨) .
وأما إذا كان مع الوصايا الثابتة^(٩) لحق الله تعالى ، الوصية للآدمي^(١٠) :

(١) «وجه الرواية الأولى أن الحج عبادة بدنية ، والزكاة عبادة مالية ، والعبادة البدنية أولى ،
لأن النفس أخس وأعز من المال ، فكان تقرباً إلى الله تبارك وتعالى بأعز الأشياء وأغلبها
عنده ، فكان أقوى . فكانت البداية به أولى ، على أن الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال ، والزكاة
عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن ، فكان الحج أقوى ، فكان أولى بالتقدم .
وجه الرواية الثانية أن الحج يخصر حقائقه تعالى ، والزكاة يتعلق بها حق البعد ، فيقدم
لحاجة البعد ، وهى الله عز وجل » الكشافى ، ٧ : ٣٧١ : ٥ من أسفل .

(٢) « الله » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « بما » .

(٤) « من » ليست فى ا و ح .

(٥) فى ب : « وعلى » .

(٦) « كذا » فى ا و ب . وفى الأصل و ح : « ثبت » . أى كفارة الفطر فى رمضان

(الكشافى ، ٧ : ٣٧٢ : ٧) .

(٧) فى ا و ح : « كذا » : التوبة .

(٨) راجع فى ذلك بالتفصيل : الكشافى ، ٧ : ٣٧١ - ٣٧٢ .

(٩) فى ا كذا : « الثانية » .

(١٠) فى ا و ح : « للآدميين » .

فإن الموصى له ^(١) يفتنر مع الوصايا بالقرب ، ويجعل كل ^(٢) جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا ^(٣) يجعل كلها جهة واحدة ، بأن قال « ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد ^(٤) » : يقسم على أربعة أسهم ^(٥) ، لأن كل جهة غير الأخرى ، ولا يقدم القرض على حق الآدمى ، لحاجة العبد إلى حقه .

ثم إنما يصرف إلى الحج القرض ، والزكاة ، والكفارات إذا أوصى بها ^(٦) ، فأما بدون الوصية : < ف > لا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا ، خلافاً للشافعى على ما ذكرنا فى الزكاة ^(٧) .

وإذا أوصى : يعتبر ^(٨) من الثلث ، لتعلق حق الورثة بماله ^(٩) فى مرض الموت .

(١) « فإن الموصى له » ليست فى أو ح .

(٢) فى ح : « فى كل » . وفى ب : « كله » .

(٣) فى ب : « فلا » .

(٤) فى ب : « كذا » : « وازيد » . وفى الكاساني (٧ : ٣٧٢ : ٦ من أسفل) مثل مالى التين .

(٥) « سهم للموصى له » ، وسهم للحج ، وسهم للزكاة ، وسهم للكفارات . لأن كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى فتزد كل جهة بسهم « الكاساني » (٧ : ٣٧٢ : ٥ من أسفل) .

(٦) « بها » ليست فى أو ح .

(٧) راجع ح ١ ص ٤٢٧ - ٤٣٠ .

(٨) كذا فى أو ب وح . وفى الأصل يشبه : « يتق » .

(٩) فى ب : « يملكه » .

وأما بيان الموصى له ، وأما ماله - فنقول :

الموصى له يجب أن يكون حيا ، وأن يكون أجنبيا : لا وارثا^(١) له ، ولا قاتلا^(٢) إياه - وقد ذكرنا هذا^(٣) ، حتى لو^(٤) أوصى لوجلين أحدهما ميت : تكون^(٥) الوصية كلها^(٦) للحي .

ولو أوصى لأجنبي^(٧) ولو وارثه - يكون النصف للأجنبي ، لأن الوارث من أهل الوصية ، حتى لو^(٨) أجاز^(٩) باقي الورثة : جاز .

ولو أوصى لذوي قرابته ، أو لأقربائه ، أو لذى قرابته ، أو لأرحامه ، أو لذوى رحم منه^(١٠) - فإن عند أبي حنيفة : يعتبر في هذه الوصية أشياء : ذو الرحم المحرم ، والأقرب^(١١) فالأقرب ، وأن

(١) في ب : « لا وارث » .

(٢) كذا في ا و ب و - . وفي الأصل كذا : « قاتلا » .

(٣) راجع فيما تقدم ص ٣٤٢ .

(٤) « لو » ليست في - . وفي ا : « إذا » .

(٥) كذا في ب . وفي الأصل و ا و - : « يكون » .

(٦) كذا في ا و ب و - . وفي الأصل : « كله » .

(٧) في ب : « وأما ولو أوصى للأجنبي » .

(٨) « لو » ليست في - . وفي ا : « فإذا » .

(٩) كذا في ا و ب و - . وفي الأصل : « كان » .

(١٠) في ا و - : « ولو أوصى لذوى قرابته ، أو لذوى أرحامه ، أو لذى رحم محرم منه -

فلان ... » . وفي ب : « ولو أوصى بذوى قرابته أو لأقربائه ، أو لذوى أرحامه أو لذوى رحم

منه فلان » . وفي النكاساني (٧ : ٣٤٨ : ٢٣) : « ولو أوصى لذوى قرابته ، أو قراباته ،

أو لأقربائه ، أو لأرحامه ، أو لذوى أرحامه - هذه اللفاظ الخمسة سواء عند أبي

حنيفة ... » .

(١١) « والأقرب » ليست في ا . وفي - : « الأقرب » .

لا يكون فيهم والد ولا ولد ، وأن يكون اثنين فصاعدا . إن كان
 بلفظ الجمع ، أو ^(١) يقول : « لثوى » ^(٢) قرابته . ولو قال : « لذي » ^(٣)
 قرابته ^(٤) . - يقع على الواحد فصاعدا .
 و ^(٥) عند أبي يوسف ومحمد : الوصية لجميع قرابته ، من جهة الرجال
 والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام ، القريب و ^(٦) البعيد فيه سواء -
 كما إذا ^(٧) أوصى للعلوية والعباسية : يصرف إلى من يتصل بعلى وعباس
 رضى الله عنهما ، دون من فوقهما من الآباء .
 يأنه :

— إذا ترك عيين وخالين : < ف > عنده : الوصية للعمدين للقرب ،
 وعندهما : بين الكل أرباعا .
 — ولو ترك عما وخالين : فللمن النصف ، والنصف للخالين ^(٨) - عنده ،
 لأن اسم الجمع ، فى الوصية ^(٩) ، ينصرف ^(١٠) إلى اثنين ، فيستحق كل

(١) فى ب : « لذ » .

(٢) فى ح : « لثوى » . وفى ا : « لثوى » .

(٣) فى ا و : « لثوى » .

(٤) « ولو قال : « لثوى قرابته » ليست فى ب .

(٥) « و » ليست فى ب .

(٦) فى ب : « أو » .

(٧) فى ا : « لو » .

(٨) « لثوى » فى ا و ب و ح . وفى الاصل : « لثوى » .

(٩) فى ح : « الوصية » .

(١٠) فى ا : « يصرف » .

وأخذ النصف ، فيكون للأقرب^(١) النصف ، والنصف للأبدين^(٢) ، بينهما سواء .

— وإن ترك عما واحدا ، ولم يكن له غيره من ذوى^(٣) الرحم المحرم : فالنصف للعم ، والنصف رد^(٤) على الورثة عنده . وعندهما : يصرف إلى ذى الرحم الذى ليس بمحرم .

— وإن كان أوصى لذى قرابته : فجميع الثلث للعم ، لما سنا .

ولو أوصى لأهل بيت فلان ، أو لحسبه ، أو نسبه ، أو لأُنبائه^(٥) : فهذا يقع على قرابة أبيه الذين^(٦) ينسبون إليه ، إلى أقصى أب له^(٧) فى الإسلام ، دون قرابة أمه ، لأن النسب والحسب والبيت يختص بالأب دون الأم .

وكذا لو أوصى لآل فلان : فهو بمنزلة أهل بيت فلان .

ولو أوصى لأهل فلان^(٨) : فالقياس أن يقع^(٩) على زوجة فلان

(١) كذا فى « أوب و » . وفى الأصل : « الأقرب » .

(٢) فى « » : « للأبد من » .

(٣) فى ب : « ذى » .

(٤) فى ب : « رد » .

(٥) فى « » : « لأنبائه » .

(٦) كذا فى ب . وفى الأصل « أو » : « الذى » .

(٧) « لى » من « أوب و » .

(٨) « له » من ب .

(٩) « فلان » من « أوب و » . وفى ب : « فلان : القياس » . وانظر المأمضى التالى .

(١٠) « أن يقع » من « أوب و » . وفى الأصل : « ولو أوصى لأهل : القياس على زوجة » .

خاصة - وهو قول أبي حنيفة . وعندهما : يصرف إلى جميع من كان^(١) في عياله من الأحرار ، ولا يدخل فيه المماليك^(٢) ، وأما الابن الكبير الذي اعتزل عنه ، والبنت التي^(٣) في بيت الزوج : < ف > لا تدخل .

ولو أوصى بني فلان^(٤) : < ف > إن كانوا لا يحصى عددهم^(٥) ، كبنى تميم وبني العباس : فإنه يصرف إلى جميع القبيلة . ويدخل فيهم^(٦) الخليف^(٧) والموالي^(٨) بسبب الولاء والمناقة^(٩) ، لأن هذا بمنزلة الصدقة ، وله أن يصرف إلى واحد وأكثر^(١٠) عند أبي يوسف ، لأنه اسم جنس ، وعند محمد : يصرف إلى اثنين^(١١) وأكثر دون الواحد^(١٢) ، لأن اسم الجمع^(١٣) في الوصية يقع على الاثنين^(١٤) ، و^(١٥) الذكر والأنثى فيه سواء ،

(١) « كان » ليست في أ و ح .

(٢) في ح : « ممالك » . وفي ب كذا : « المالك » .

(٣) كذا في أ و ح . وفي الأصل : « التي » . وفي ب : « أو البنت التي » .

(٤) في ب : « بني فلان لفقراهم » . وفي أ و ح : « بني فلان بفقراهم » .

(٥) في أ : « إن كانوا لا عدد لهم » . وفي ح : « إن كان لا عدد لهم » .

(٦) في ح : « فيه » .

(٧) في أ و ح كذا : « الخليفة » .

(٨) في أ و ب و ح : « والمولى » .

(٩) راجع في الجزء الثاني « ولأول المناقة » ص ٤٢٤ - ٤٢٦ و « ولأول الموالاة »

ص ٤٢٧ - ٤٢٩ .

(١٠) في أ : « أو أكثر » . وفي ح : « أو الأكثر » .

(١١) في أ و ب : « الاثنين » .

(١٢) « وأكثر دون الواحد » ليست في أ و ح .

(١٣) في أ و ح : « اسم الجنس » . وفي ب : « اسم الجميع » .

(١٤) راجع فيما تنضم ص ٣٥٤ - ٣٥٥ .

(١٥) « الواحد من أ و ب و ح » . وفي أ و ح : « والذكر والأنثى » .

لأنه اسم قتيبة^(١) .

ولو كانوا يحصون^(٢) ، وأبوهم من العرب : فإنه يدخل فيه بنو
فلان^(٣) من العرب ، دون الحلقاء^(٤) والموالى .

ثم^(٥) عند أبي حنيفة : يدخل فيه المذكور من أولاد الصلب^(٦) ، دون
الإناث . وقال أبو يوسف ومحمد : يدخل فيه^(٧) الكل ، وهو قول
أبي حنيفة الأول^(٨) .

وأجمعوا أنه إذا كان الكل إناثا : لا^(٩) يدخلون .
وأما إذا لم يكن لفلان ولد الصلب : فإن الوصية للذكور من أولاد
البنين ، عند أبي حنيفة ، وعندهما : يدخل الكل . وهل يدخل بنو البنات ؟
فروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم^(١٠) يدخلون ، وذكر في السير الكبير
أنهم لا يدخلون .

(١) في أ و ح : « لأن اسم قتيبة » .

(٢) في ب كذا : « ولو كانوا بنوا نسب قوم يحصون » . وفي أ : « ولو كان بنوا نسب
وهم يحصون » . وفي ح : « ولو كان بنوا نسب قوم يحصون » .

(٣) « بنو فلان » ليست في أ و ح .

(٤) في أ وب و ح : « الحلقاء » .

(٥) في ب : « ثم إن » .

(٦) في أ : « من أولاده لصلبه » .

(٧) « فيه » من أ و ح .

(٨) « الأول » ليست في ب .

(٩) « لا » ليست في أ و ح .

(١٠) في أ وب و ح : « وهل يدخل بنو البنات ؟ عند أبي حنيفة : روى الحسن عنه أنهم » .
وفي السكاساني (٧ : ٣٤٤ ، من أسفل) : « وأما أبناء البنات فلا يدخلون في الوصية
عند أبي حنيفة عليه الرحمة . وذكر الحصاصي عن محمد وجه الله أنهم يدخلون كأبناء البنين »

ولو كان له ابن واحد، و^(١) بنو بنين : فلابن النصف ، والباقي للورثة ، دون بنى البنين . وعندهما : لابن النصف ، والباقي لبنى البنين . ولو كان له ابنان ، وبنو ابن : فالكل للابنين ، لأن الابنين في الوصية بمنزلة الجمع .

ولو كان له ^(٢) ابن واحد ، وبنات : فالنصف لابن ، والباقي للورثة عند أبي حنيفة . وعندهما : لابن النصف ، والباقي للبنات . ولو كان له ^(٣) بنات ، وبنو ابن : فلا شيء لهم ، بل للورثة ^(٤) ، عنده ، وعندهما : للكل ^(٥) ، على السواء .

ولو ^(٦) أوصى لولد فلان - فإنه يدخل فيه الذكر والأنثى ^(٧) ، على السواء ، ويدخل فيه الجنين الذى يولد لأقل من ^(٨) ستة أشهر ، ولا يدخل ولد الولد مادام الصلبى حيا . ولو كان له بنات ^(٩) وبنو الابن :

== ومنذكر المسألة لأن شاء الله تعالى . وفى ص ٣٤٥ : ١٦ : « ولا يدخل أولاد البنات في الوصية في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وذكر الحنفى عن محمد رحمه الله أن ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في السير الكبير : لذا أخذ الأمان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات - فصار عن محمد رحمه الله روايتان . وجه رواية الحنفى ... الخ » .

(١) « و » ليست في « فيها كذا : « ابن واحد بنو بنين » وفى الاصل « اوب كذا : « وبنوا بنين » .

(٢) « له » من « اوب و » .

(٣) « له » ليست في « اوب » .

(٤) « بل للورثة » ليست في « اوب » .

(٥) في « اوب » : « للكل » .

(٦) كذا في « اوب و » . وفى الاصل : « قال : ولو » .

(٧) في « اوب » : « الذكر والأنثى » .

(٨) « من » ساقطة من « ا » .

(٩) في « اوب » : « فإن كان بنات » . وفى « ب » : « فإن كانت بنات » .

فهي لبنات لاغير . ولو كان ولد^(١) واحد : فالكل^(٢) له . لأن اسم
الولد^(٣) يقع له^(٤) .

ولو أوصى لعقب فلان - فعقب^(٥) الرجل هو ولده من^(٦) الذكور
والإناث . فإن لم يكن : فولد ولده من الذكور دون الإناث ؛ ودون
ولد^(٧) الإناث . ويكون هذا الاسم بعد موت الأب ، لا قبله ، حتى
إن الموصي إذا مات ، وفلان حي : فلا^(٨) شيء لهم ، لأنهم لا يكونون
عقباً حال حياته .

وكذا لو أوصى لورثة فلان - فهو مثل «عقب فلان^(٩)» ، إلا أن
في العقب : سهم^(١٠) الذكر والأنثى سواء^(١١) ، وفي الورثة : يكون
بينهم^(١٢) على قدر المواريث^(١٣) .

ولو أوصى لمصبة فلان - فإنه يصح الوصية ، وإن لم يمت فلان ، حتى إذا

(١) «ولد» من أ ب . وفي «ولو كان ولداً واحداً» .

(٢) في «كذا» : «ما لكل» .

(٣) «الولد» ليست في « .

(٤) في أ ب و : «يضع على الواحد» .

(٥) في ب : «كذا» : «يعقب» .

(٦) في «كذا» : «هو ولد من» .

(٧) في ««والد» .

(٨) «أما» من ب .

(٩) «فلان» من أ ب و . وراجع المسألة السابقة .

(١٠) في ب : «كذا» : «بينهم» وانظر الخامس التالي .

(١١) في أ : «إلا أن في العقب : الوصية سهم الذكور والإناث» . وفي «كذا» : «إلا

أن الوصية في العقب : الوصية سهم الذكور والإناث» .

(١٢) في أ و : «سهمهم» .

(١٣) في أ : «كذا» : «على قدر مقدم الموارث مؤخر» .

مات الموصى : تصرف الوصية إلى عصبته ، فإن كان له أب وابن : فالمصبة هو الابن دون الأب ، ويكون للأب قرب فالأب قرب على ترتيب المصبات .
ولو أوصى لأختائه - فالأختان ^(١) زوج كل ذات ^(٢) رحم ^(٣) محرم منه ، وكل ذى رحم محرم ^(٤) من أزواجهن ، من الذكر والأنثى ، وهم في الوصية سواء ^(٥) .

ولو أوصى للأصهار ^(٦) - فالصهر كل ذى رحم محرم ^(٧) من زوجته ، الذكر والأنثى ^(٨) و ^(٩) .

ولو أوصى لأيتام بنى ^(١٠) فلان - فإنه يقع على من لا أب له .

(١) في الصباح : «الأختان» يفتحان عند العرب : كل من كان من قبل المرأة كالأب والأم ، والجمع أختان . وفتح الرجل عند العامة : زوج ابنته . وقال الأزهري : أختان أبو المرأة والأختنة أمها ، فالأختان من قبل المرأة والأختاء من قبل الرجل والأصهار يسميها . ويقال الخاتنة المصاهرة من العرلين - يقال : خاتنتهم إذا صاهرهم .

(٢) في ب : « ذى » .

(٣) « رحم » ليست في ب .

(٤) « محرم » ليست في ب .

(٥) « وهم في الوصية سواء » من أ و ب و ج .

(٦) في أ و ب و ج : « لأصهاره » .

(٧) « محرم » من أ و ب و ج .

(٨) في أ و ج : « الذكور والإناث » .

(٩) زاد هنا في أ و ج : « فزوج أمها دون زوجة أبيها وزوج أختها » . وفي ب : « وفزوج

أمها دون زوجة أبيها وزوجة أخيها » . وفي الكاساني (٧ : ٣٥١ : ٩) : « وقال في الإلام : إذا قال أوصيت بثلث مالى لأصهارى : فهو على كل ذى رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه - فيؤلاهم كلهم أصهاره ، ولا تدخل في ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا امرأة أخيه » .

(١٠) في ب : « كذا » : « بين » .

ولو أوصى لأيا من بني فلان - فلا نيم كل امرأة لزوج^(١) لها ،
بكرًا كانت أو ثيبًا ، وعند محمد : يقع على الثيب الاثيم^(٢) . والأرملة
كل امرأة^(٣) محتاجة أرملت من^(٤) زوجها ومالها .

ثم هذه^(٥) الوصايا نوحان :

فالأوصية تقوم^(٦) : تقع على عدد رؤوسهم ، على السواء :
ذكرهم وإناهم^(٧) ، غنيهم وفقيرهم ، صغيرهم وكبيرهم .
فأما إذا كانوا لا يحصى مددهم : فهو على ثلاثة أوجه :

إن أوصى لأهل الحاجة نصًا ، بأن قال : «لفقراء بني تميم أو لمساكينهم
وأراملهم^(٨)» - فإنه يصح^(٩) ، لأن الحق فيه لله تعالى ، والفقراء مصارف ،
فصاحب^(١٠) الحق مملوم ، فصحت^(١١) .

والثاني - أن^(١٢) يذكر اسمًا لا يدل على الحاجة ، لا عرفًا ولا لغة ،

(١) أي : كذا : «لا تزوج» .

(٢) في أوب و : «التيب لا غير» .

(٣) «امرأة» ليست في أ و .

(٤) «من» من أوب و .

(٥) «هذه» ليست في أ و .

(٦) «تقوم» ليست في أ .

(٧) في ب : «وإناهم» .

(٨) كذا في أ و . وفي الأصل : «وأراملهم» . وفي ب كذا : «وأراملهم» .

(٩) في : «لا يصح» .

(١٠) في أ : «وصاحب» .

(١١) «فصحت» ليست في ب .

(١٢) «أن» ليست في أ و .

كقوله : «أوصيت لبنى فلان ، أو « لا يأمى بنى ^(١) فلان ^(٢) » ، أو « لشبانهم » أو « لكهولهم » أو « لشيوخهم » - فإنه لا يجوز ، لأن الوصية تقع ^(٣) لهم ، وهم ^(٤) مجهولون .
والثالث أن يكون ^(٥) الاسم قد ^(٦) يقع على الفقراء ، إما في عرف اللغة أو في عرف الشرع ، كما إذا أوصى « لا يأمى بنى فلان » أو « لمعينهم » أو « لزمناهم ^(٧) » ، لقوله تعالى : « واليتامى والمساكين » ^(٨)

(١) « بنى » ليست في ب .

(٢) زاد هنا في أ و ح كذا : « أو لنسائهم أو لهزمايم » .

(٣) « تقع » من أ و ب و - .

(٤) في ح : « وهو » .

(٥) « يكون » ليست في أ و ح .

(٦) « يقع » ليست في أ .

(٧) كذا في ب . ولكن فيها : « ولزمناهم » . وفي ح كذا : « أو لزمنانهم » . وفي

أ كذا : « أو « لازمنائهم » . وفي الأصل كذا : « زمينهم » . و « الزمن » الذي طال مرضه زمانا (المقرب) .

(٨) في الآيات التالية :

البقرة : ٨٣ - « وإذا أخذنا ميثاق بني إسرائيل لا يبدون إلا الله وبالوالدين إحسانا وذى القربى واليتامى والمساكين ... » .

البقرة : ١٧٧ - « ... ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتب والنبيين وآتى المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسائلين وفي الزقاب ... » .

البقرة : ٢١٥ - « يسألونك ماذا ينفقون ؟ قل ما أنفقتم من خير فقلوا الذين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل ... » .

النساء : ٨ - « ولذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً » .

النساء : ٣٦ - « واعبدوا الله ولا تشرکوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل وما ملكت أيمانكم إن الله لا يحب من كان مختالاً فخوراً » .

الحجر : ٧ - « ما آفاه الله على رسوله من أهل القري فله ولرسوله وفقى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ... » .

فتى كانوا لا^(١) يحصون : يستدل به أنه^(٢) أراد به الفقراء منهم ، تصحيحا
للوصية ، بخلاف ما إذا كانوا يحصون^(٣) : فإنه يقع على الأغنياء والفقراء
جميعا ، لأنه^(٤) يمكن^(٥) العمل بحقيقة الاسم ، لأن الوصية تصح^(٦)
لهم^(٧) .

ولو أوصى : لفلان بنى فلان ولصبيانهم^(٨) - يقع على من لم يحتلم .
ولو قال^(٩) : « لشبانهم » أو « لفتيانهم »^(١٠) - يقع على من بلغ منهم
إلى أن يصير كهلا ودخل في الثلاثين ، إلا إذا غلب الشَّط^(١١) قبل ذلك .
والكهل يقع على من دخل في^(١٢) الثلاثين إلى خمسين ، إلا إذا غلب
البياض . والشيخ يقع على الخمسين إلى آخر العمر ، إلا إذا غلب^(١٣) البياض
قبله - هذا هو الأشبه من الأقوال .

-
- (١) « لا » ليست في « أو » : عليها كذا : « كانوا يحصون » .
(٢) في « : » : « إذا » . وفي « : » : « استدل به أنه » .
(٣) في « أو » : كذا : « لا يحصون » .
(٤) في « ب » : « على الأعيان منهم : التي والتغير سواء لأنه » . وفي « أو » : « على
الأغنياء منهم لا غير لأنه » .
(٥) في « أو » : « لا يمكن » .
(٦) « تصح » ليست في « أو » .
(٧) انظر الكسائي ، ٧ : ٣٤٦ .
(٨) في « أو » : « أو لصبيانهم » . وفي « ب » : « أو صبيانهم » .
(٩) في « : » : « لصبيانهم أو لنسائهم » . وفي « ا » : « لكتبولهم أو لنسائهم » .
(١٠) رجل أشط خائط شعره بياض . وعن الأئمة : الشَّط في الرجل شيب الحبة وقيل
الشَّط بياض شعر الرأس يخالفه سواده (المغرب) .
(١١) « من دخل في » من « أو » .
(١٢) في « ب » : « غلبه » .

فصل في الإيصاء

نقول^(١) :

الإيصاء جائز .

ولا بد له^(٢) من القبول > من الوصي <^(٣) ، لأنه متبرع بالعمل فيه^(٤) ، فلا بد من قبوله .

وكان ينبغي أن يعتبر القبول بعد الموت ، كما في الوصية بالمال ، لأنه إيجاب بعد الموت ، لكن جاز هنا^(٥) القبول في حال الحياة ، بخلاف الوصية بالمال^(٦) ، لضرورة أن^(٧) الميت إنما يوصي إلى من يعتمد عليه من الأصدقاء و^(٨) الأئمة . فلو^(٩) اعتبر القبول بعد الموت ، فربما لا يقبل ، فلا يحصل غرضه ، وهو الوصي الذي اختاره .

(١) كذا في ب . وفي الأصل واو : « نقول » .

(٢) « له » ليست في ا ب و .

(٣) في ا ب و : « من الوصي » .

(٤) « فيه » ليست في ب . وفي ا و : « له » .

(٥) « هنا » ليست في ا و .

(٦) « بالمال » ليست في ا و .

(٧) في ب : « بالضرورة لأن » .

(٨) « و » ليست في ا ب و . تعريباً : « من الأصدقاء الأئمة » .

(٩) « فاء من ا و » .

وإذا صح - فلا^(١) يخلو : إما إن كان الوصى حاضرا أو غائبا .
فإن كان حاضرا ، و^(٢) قبل مواجهة : صح . ولو أراد أن يرد
الوصاية ويرجع : لا^(٣) يصح ، بدون محضر^(٤) الوصى ، أو علمه ، لما فيه
من الضرر به^(٥) . وإذا رد في المواجهة^(٦) : صح .
فأما إذا كان غائبا ، فبلغه الخبر ، فقبل : < ف > لا يصح رده إلا
بمحضرة الوصى .

وإذا بلغه ، ولم^(٧) يقبل و^(٨) رده : صح ، بغير محضره^(٩) ، لأنه
ليس بضرر^(١٠) .

وأما إذا بلغه بعد الموت : فإذا قبل ، أو تصرف في التركة تصرفا
يدل^(١١) على قبوله : فلا يصح رده ، إلا عند الحاكم ، لأنه قائم مقام
الوصى ، كالأوكيل : لا يملك عزل نفسه^(١٢) ، في حال غيبة الموكل ،
ويملك في حال حضرته .

(١) إلقاء من إوب و ح .

(٢) في ح : « أو » .

(٣) « لا » ليست في ح .

(٤) في أ و ح : « محضر » .

(٥) في ح كذا : « الضرر » .

(٦) في أ و ب و ح : « فإن رد مواجهة » .

(٧) في أ و ح : « فلم » . انظر المأخذ التالي .

(٨) « و » ليست في ح . قريبا : « فإذا بلغه فلم يقبل رده يصح » .

(٩) في أ و ح : « محضر » . وفي ب : « محضر » .

(١٠) في ح كذا : « بضرر » .

(١١) في أ و ب و ح : « فلم يدل » وفي الأصل توجد « فلم » ولكنها مشطوبة .

(١٢) في ح كذا : « لا يملك على نفسه » .

فأما إذا لم يقبل ، ورد ، كما علم : يصح ، وله الخيار بين أن يقبل ، ويرد (١) ، لأنه (٢) متبرع في العمل ، فلا (٣) يجبر عليه .

ولو لم يعلم القاضى بأن للميت وصيا ، والوصى غائب ، فأوصى إلى رجل : فالوصى (٤) هو وصى الميت ، دون وصى القاضى ، لأنه اتصل به اختيار الميت ، كما إذا كان القاضى عالما .

ثم للقاضى أن يزل وصى الميت ، إذا (٥) كان فاسقا ، غير مأمون على التركة . وإن كان ثقة ، لكنه ضعيف ، لا يقدر على التصرف ، وحفظ التركة بنفسه : فإن القاضى يضم إليه غيره ، ولا يزيله ، لاعتماد الموصى عليه لآماته ، فيحصل الغرض بهما (٦) .

ولو أوصى الميت إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، كان هذا اشتراكا فى الوصاية ، ما لم (٧) ينص على عزل (٨) الأول و (٩) إخراج . وكذلك هذا من القاضى .

(١) فى ا : « ورد » . وفى ح - كذا : « وزده » .

(٢) « من » لانه « ساقطة فى ب .

(٣) فى - : « ولا » .

(٤) « لى رجل فالوصى » ليست فى ب .

(٥) فى ب : « لا لى » .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « بها » .

(٧) فى ا و - : « فى الوصية فإن لم » .

(٨) « عزل » ليست فى ا و ح .

(٩) « و » ليست فى ا و ح .

ولو أنه ^(١) أوصى إلى رجل بقضاء ^(٢) دينه ، وأوصى إلى آخر بأن ^(٣) يعتق عنه : فهو وصيان فيها جميعا ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ^(٤) . وكذلك ^(٥) إذا أوصى بنصيب بمض ولده إلى رجل ، ونصيب من بقي إلى ^(٦) آخر .

وعلى هذا : لو أوصى بميراثه ^(٧) في بلد إلى رجل ، وفي بلد آخر إلى آخر .

وكذلك لو أوصى بتقاضى الدين إلى رجل ، وبنفقة الورثة إلى آخر ، وبمحافظة المال إلى آخر .

وكذا إذا أوصى إلى ^(٨) إنسان للعالم ، وإلى آخر إن قدم ، فإذا قدم ^(٩) فلان فهو وصى دون الأول - فهما وصيان في ذلك كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافا لمحمد ، لأن الوصاية لا تتجزأ عندهما : متى ثبتت ^(١٠) في البعض ، ثبتت ^(١١) في الكل . وروى عن أبي حنيفة

(١) «أه» ليست في أو .

(٢) في أو : «يقضى» .

(٣) في أو : «أن» .

(٤) زاد في هـ : «وعند محمد : حصل كل واحد منهما وصى فيما جيل إليه - هذا المشهور من الخلاف» . وستأتى هذه الجملة في الأصل و أو - فيما بعد (انظر الخامس ، من الصفحة التالية) .

(٥) «كذلك» ليست في أو - وفي ب : «وكذا» .

(٦) «إلى» ليست في - .

(٧) في أ : «ميراثه» .

(٨) «إلى» ليست في أو - .

(٩) «فإذا قدم» ليست في أو ب وج هـ فيها : «وإلى آخر» : إن قدم فلان فهو وصى دون الأول .

(١٠) «كذا في أو ب و - وفي الأصل : «ثبت» .

(١١) «في البعض ثبت» ليست في أ .

فيمر «أوصى إلى فلان حتى يقدم (١) فلان ، فإذا قدم، فهو» (٢) الوصى ،
دون الأول - فهو كما قال ، فيكون عن أبي حنيفة روايتان في هذا .
ويجوز أن يكون (٣) الأول قول أبي يوسف خاصة .
وعند محمد : كل واحد منهما وصى ، فيما جعل إليه - هذا هو المشهور
من الخلاف (٤) .

ولو أوصى إلى رجل ، وهو وصى لرجل آخر : فإنه يكون وصياً ، في
تركته ، وتركه الأول ، عندنا - خلافاً لابن أبي ليلى .

ولو أوصى إلى رجلين : فإن أحدهما لا ينفرد بتصرف (٥) يحتاج فيه (٦)
إلى الرأي عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : ينفرد .
ثم إن عندهما : ينفرد في أشياء مخصوصة (٧) ، بأن يكون في تأخير
التصرف ، ضرر ، إلى حضرة صاحبه (٨) ، أو (٩) لا يحتاج فيه إلى الرأي ،

(١) في ب : «مقدم» .

(٢) في أ و هـ : «فإذا قدم فلان فهو» .

(٣) «يكون» ليست في أ و هـ .

(٤) «وعند محمد ... الخلاف» ليست في ب في هذا الموضع وقد جاءت فيها : تقدم
في الصفحة السابقة عقب قوله في السطر الثاني منها : «فهما وصيان فيها جبا بمحمد أبي حنيفة وأبي
يوسف» وقد أشرنا إلى ذلك في الخامس ٤ من الصفحة السابقة .

(٥) في أ و ب : «يصرف» .

(٦) كذا في أ و ب و هـ . وفي الأصل : «إليه» .

(٧) في أ و هـ : «مخصوصة» .

(٨) في ب : «في تأخير التصرف إلى حضرة صاحبه ضرر» .

(٩) في أ و هـ : «ويفي أن تكون كذلك في» .

وذلك^(١) نحو: شراء الكفن ، وجهاز^(٢) الميت ، وكذا جمع الأموال^(٣) المتفرقة ، من قبض الديون والودائع والمنصوب^(٤) . وكذلك في أداء ما على الميت من رد الودائع والمنصوب^(٥) ، وقضاء الدين^(٦) ، وتنفيذ الوصية بألفين أو بألف مرسلة ، أو بإعتاق عبد بمينه ، بخلاف الوصية بأعمال البر أو^(٧) إعتاق عبد غير معين^(٨) ، لأنه يحتاج فيه إلى الرأي . وكذا شراء^(٩) ما لا بد لليتيم منه ، نحو الاتفاق^(١٠) والكسوة ، وكذا قبول الهبة^(١١) ، ويسع ما يتسارع إليه القساذ ، لأن^(١٢) فيه منفعة للصبي .

وكذا يفرد بالخصومة : الميت ، وصليبه .

ولومات أحد الوصيين ، وأوصى إلى رجل آخر - جاز ، ويكون قائماً مقامه .

(١) في ذلك « من أوب و » .

(٢) في ب : « تجهيز » .

(٣) في ب : « وكذا جميع الأموال المتفرقة » . وفي أ و ح : « وكذلك في جميع المتفرقة » مع تكرار « المتفرقة » .

(٤) في أ و ب و ح : « والمنصوب » . وانظر الهامش التال .

(٥) في ب : « والمنصوب » . و « وكذلك في أداء ... والمنصوب » ليست في أ و ح .

وراجع الهامش السابق .

(٦) في أ و ب : « الفريون » .

(٧) في أ و ب و ح : « و » .

(٨) في أ : « عبد بغير عين » .

(٩) في ح : « وكذا » : « اشترى » .

(١٠) في ب : « للاتفاق » . وفي أ و ح : « للاتفاق » .

(١١) في ح : « قبول الهدية » .

(١٢) في ب : « لأنه » .

وإن لم يوص إلى آخر : فللقاضي^(١) أن ينصب وصيا آخره حتى ينفذ تصرفها عندهما ، خلافا لآبي يوسف^(٢) .

ثم وصى الأب أولى من الجد ، فإن لم يكن ، فالجد ، ثم وصى الجد ، فإن لم يكن ، فالقاضي ووصى^(٣) القاضي .

ثم ينظر :

إن كان^(٤) في التركة دين - يملك الوصي^(٥) بيع كل شيء ، لقضاء الدين ، من العقار والمنقول .

وإن لم يكن دين - والورثة كلهم صغار : يملك بيع كل شيء^(٦) ، وإسكائه^(٧) ، والتصرف فيه .

وإن كان كلهم كبارا ، وهم حضور : ليس له ولاية بيع شيء ، إلا إذا كان فيه وصايا^(٨) .

وإن كانوا غيبا : يملك بيع المنقول ، لأن حفظ الثمن أيسر ، وله ولاية حفظ مال الغائب ، ولا يملك بيع العقار .

(١) الفاء من اوب وح . وفيها : « وإن لم يوص إلى أحد فللقاضي » .

(٢) راجع ما تقدم في ص ٣٦٩ مسألة : « ولو أوصى إلى رجلين » .

(٣) في اوب ح : « ثم وصى » .

(٤) زاد هنا في ب : « له » .

(٥) « الوصي » من اوب وح .

(٦) هنا تكرار في ب .

(٧) في اوب وح : « وإسكائه » .

(٨) كذا في اوب وح . وفي الأصل : « وصايا » .

وإن كان بعضهم صفواً، وبعضهم كباراً غيباً : يملك بيع المقار عند
أبي حنيفة . وعندهما : لا يصح في حصة الكبار .

وأما وصي الأئم^(١) ، والأخ ، والعم - فقولاء^(٢) ، بأنفسهم ، يملكون^(٣)
حفظ مال العبي^(٤) ، وبيع المنقول ، لأنه من باب الحفظ .

ولو قال لرجل : « إن مت من مرضي هذا^(٥) أو في^(٦) سفرى هذا :
فأنت وصي في مالي^(٧) » - فبرأ^(٨) ولم يمت ، حتى رجع^(٩) من السفر ، ثم
مات : لا يكون وصياً ، لأنه تعلق^(١٠) بشرط^(١١) خاص ، ولم يوجد .

ولو أوصى^(١٢) إلى عبد إنسان ، أو إلى ذمي ، أو إلى^(١٣) صبي عاقل :

(١) في - : « ولو أوصى إلى الأئم » . وفي ١ : « ومن أوصى إلى الأئم » .

(٢) كذا في أ وب و ح - وفي الأصل : « وهؤلاء » .

(٣) في أ و ح - : « يملك » .

(٤) في أ وب و ح - : « الصغير » .

(٥) « هذا » من أ وب و ح - .

(٦) « في » ليست في ب .

(٧) « فأنت وصي في مالي » من أ وب و ح - .

(٨) كذا في أ وب و ح - وفي الأصل : « وبرئ » .

(٩) في ب : « ولم يمت أو رجع » .

(١٠) في أ وب و ح - : « تعلق » .

(١١) « بشرط » ليست في أ و ح - .

(١٢) في - : « وأوصى » .

(١٣) « إلى » من أ و ح - .

فإنه لا ينفذ، ويخرجه القاضى . ولو عتق^(١) العبد ، و^(٢) أسلم الذمى ، قبل إخراج القاضى : تنفذ الوصايا^(٣) ، وإذا بلغ الصبي : لا تنفذ عند أبى حنيفة ، وعندهما : تنفذ . ولو تصرف العبد أو^(٤) الذمى ، قبل الإخراج : يصح فى رواية ، ولا يصح فى رواية . وفى الصبي : لا يصح بالاجماع .

ولو أوصى إلى عبد نفسه : < ف > إن لم يكن فى الورثة كبير : جاز عند أبى حنيفة ، خلافا لهما . ولو كان فى الورثة كبير : لا يصح^(٥) ، بالاجماع^(٦) .

(١) فى اوب و : « أعتق » .

(٢) فى ا : « أو » .

(٣) فى ا : « الوصية » . وفى حوب : « الوصاية » .

(٤) فى اوب و : « أو » .

(٥) فى ب : « لا يجوز » .

(٦) زاد فى ب : « والله تعالى أعلم » . وفى اوب : « والله أعلم » .

باب^(١)

الرجوع عن الوصية

أصل الباب^(٢) أن الرجوع في^(٣) الوصية صحيح ، لأنه تبرع لم يتم ، لأن^(٤) القبول فيه بعد الموت^(٥) ، فيملك الرجوع ، كالرجوع عن الإيجاب ، في البيع ، قيل^(٦) القبول^(٧) .

وإذا ثبت أنه يصح الرجوع فيه - فكل فعل ، يوجد من الموصي فيه^(٨) دلالة على بقاء الملك لنفسه^(٩) : يكون^(١٠) رجوعاً . وكل فعل يدل على إبقاء العقد وتنفيذ الوصية : لا يدل على الرجوع - < كما > إذا وجد منه^(١١) فعل لو^(١٢) فعل في ملك غيره ينقطع حق الملك المالك^(١٣) ، ويصير ملكاً له^(١٤) .

(١) في باب « كتاب » .

(٢) في أو - « قال رحمه الله : أصل الباب » .

(٣) في أو ب - « عن » .

(٤) في أو ب - « ولأن » .

(٥) راجع فيما تقدم من ٣٣٩ .

(٦) في أو ب - « قيل » .

(٧) في أو - « قبول المشتري » . وراجع من ٤٤ من الجزء الثاني .

(٨) فيه « من أو - » .

(٩) كذا في أو ب - « وفي الأصل : بنفسه » .

(١٠) في - « ويكون » .

(١١) كذا في أو ب - « وفي الأصل : فيه » .

(١٢) كذا في ب - « وفي الأصل : أو - « أو » .

(١٣) في أو ب - « ينقطع حق المالك » .

(١٤) انظر ما يلي في المتن والمهامش ٦٠ من تحفة الخاتمة :

فإذا فعل بعد الوصية في الموصى به ، ما ^(١) يدل على ^(٢) إبقاء الملك فيه ^(٣) نفسه ^(٤) : فيكون رجوعاً ، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه ^(٥) وخاطه - ونظائره كثيرة ^(٦) .

وكذا إذا اتصلت بعين ^(٧) الموصى به زيادة ، لا يمكن تمييزها ^(٨) ، و ^(٩) لا يستحق عليه ^(١٠) تقضها ^(١١) : فإنه يكون رجوعاً ^(١٢) ، لأنه

(١) « ما » ليست في ا و ب و - .

(٢) في ا و - : « فعله على » .

(٣) « فيه » من ا و ب و - .

(٤) « نفسه » ليست في ا و ب و - . وفي الأصل غير واضحة ولا مفهومة في المتن

وقد كتب تحته « نفسه » .

(٥) الماء من ا و ب و - .

(٦) « كثيرة » من ا و - . وعبارة الكاساني (٧ : ٣٧٨ : « من أسئل » : ثم الرجوع قد يكون نصاً ، وقد يكون دلالة ، وقد يكون ضرورة . أما النص فهو أن يقول الموصي : رجعت . أما الدلالة فقد تكون فعلاً وقد تكون قولاً ، وهو أن يفعل في الموصى به فعلاً يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع - ويان هذه الجملة : إذا فعل في الموصى به فعلاً لو فعله في المنصوب لا تقطع به ملك المالك ، كان رجوعاً ، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وعاطه قميصاً أو ثياباً ... الخ » . وانظر فيما بعد المباحث ١١ .

(٧) في - : « تبيين » .

(٨) « كذا في ا . وفي الأصل : « تمييزها » . وفي ب : « تمييزها » . وفي - : « لا تمييزها » .

(٩) « و » ليست في ا و - . وفي ب : « أو » .

(١٠) « عليه » ليست في ب .

(١١) « كذا في ا و ب و - . وفي الأصل : « بعضها » . وفي الكاساني (٧ : ٣٨٤ : « من أسئل » : « وأما الرجوع التائب من طريق الضرورة فنوعان : أحدهما - أن يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها ... أو أوصى ببطانة ثم بطن بها أو ببطانة ثم ظهر بها لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه إلا بالانقضاء ولا سبيل إلى التكليف بالانقضاء لأنه تصرف في ملك نفسه فيسبب رجوعاً من طريق الضرورة ويمكن إثبات الرجوع في هذه المسائل من طريق الدلالة أيضاً لأن اتصال الموصى به بغيره حصل بمنع الموصى فكان تغدر التسليم مضافاً إلى فعله ، وكان رجوعاً منه دلالة » . وراجع فيما تقدم المباحث ٦ (١٢) في ب كذا : « مرجوعاً » .

لا يمكن تسليمها إلا بتسليم تلك^(١) الزيادة ، ولا^(٢) يجب عليه ذلك ،
فبدل على الرجوع - وذلك كالسويق إذا لته^(٣) بالسمن ، أو بنى بناء
في الدار الموصى بها ، وكذلك لو أوصى بقطن ثم حشا^(٤) به قباء وضربه^(٥) ،
أو ثوب^(٦) فجعله ظهارة أو بطانة ، لأنه لا يجب عليه نقض ذلك ،
لكونه تصرفاً في ملكه .

وكذلك لو أزال الموصى به عن ملكه - بأن باعها ، ثم اشتراها^(٧) :
بطلت الوصية .

ولو ذبح الشاة : تبطل الوصية ، بنفس الذبح ، لأنه يدل على الرجوع ،
لأن الذبيحة لا تبقى إلى^(٨) ما بعد الموت .

ولو أوصى بقميص ، ثم نقضه^(٩) ، وجعله قباء : يكون رجوعاً . ولو
لم يخطه قباء ، لكن نقض القميص : فيه اختلاف المشايخ .

ولو أوصى بدار ، ثم جصصها أو هدمها^(١٠) : لا يكون رجوعاً ، لأن

البناء تبع ، والتجصيص زينة .

(١) في - كذا : « ترك » .

(٢) في ب : « فلا » .

(٣) في ب : « لت يسمن » .

(٤) في ا و - : « وحشا » .

(٥) في - : « فضره » .

(٦) في - : « ثوب » ، وفي ب : « حوبا » .

(٧) في ب : « باعه ثم اشتراه » .

(٨) مكتوبة في - كذا : « لا » .

(٩) في ا و ب : « فقتله » ، وفي - كذا : « فقتله » .

(١٠) في - : « هدمه » .

وكذلك لو غسل الثوب^(١) الموصى به ، لإزالة^(٢) الوسخ .
ولو قال : « أوصيت بهذا العبد^(٣) لفلان^(٤) » ، ثم قال : « أوصيت
بهذا^(٥) لفلان آخر^(٦) » - يكون شركة .
ولو قال : « العبد الذي أوصيت به لفلان ، هو لفلان » - يكون للثاني ،
ولا يكون شركة .
ولو قال : « العبد الذي أوصيت به لفلان ، فقد أوصيت به لفلان » -
يكون شركة^(٧) .
ولو أوصى ، ثم أنكر الوصية ، وجعدها - فالجود لا يكون
رجوعا عند أبي يوسف^(٨) ، وعند محمد : يكون رجوعا^(٩) .

-
- (١) « الثوب » ليست في ب .
(٢) في أ و ح : « لإزالة » وفي ب : « لأنه أزال » .
(٣) « العبد » ليست في أ .
(٤) « لفلان » ليست في ح .
(٥) في ح كذا : « لهذا » .
(٦) « آخر » من ب .
(٧) « ولو قال : العبد الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان يكون شركة »
ليست في أ و ح .

(٨) (٩) في ح : « عند أبي حنيفة » . وفي أ : « لا يكون رجوعا عند أبي حنيفة ومحمد .
وعند أبي يوسف : يكون رجوعا » . وفي الكشاف (٧ : ٣٨٠ : ١٠ : من أسئل) : « ولو أوصى
ثم جعد الوصية : ذكر في الأصل أنه يكون رجوعا ولم يذكر خلافا . قال المصنف عن أبي يوسف في
نواذره : قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من القدر : قال : لا أعرف
هذه الوصية . قال : هذا رجوع منه . وكذلك لو قال : لم أوص بهذا الوصية - قال : وسألت محمدا
عن ذلك ، فقال : لا يكون الجود رجوعا . وذكر في الجامع : إذا أوصى بثلث ماله لرجل
ثم قال بعد ذلك : أشهدوا أنني لم أوص لفلان بثلث ولا كثير - لم يكن هذا رجوعا عنه عن =

ولو أوصى بعد لا إنسان، ثم قال: «ما أوصيت لفلان فهو لغمروه» وهو حي، ثم مات عمرو قبل موت^(١) الموصي: يكون ميراثا، لأن الوصية انتقلت إلى عمرو، فإذا مات قبل موت الموصي، بطلت الوصية، فيكون ميراثا^(٢).

ولو قال: «ما أوصيت لفلان، فهو لمقب عمرو»، وعمرو حي، فإن مات عمرو قبل موت الموصي: فهو لورثة عمرو، لأنهم صاروا عقبه له، قبل نفاذ الوصية بالموت. ولو مات الموصي، وعمرو حي، فتكون الوصية لفلان^(٣)، لأنه لم تنتقل الوصية إليهم، لأن المقب لا يكون قبل موت عمرو.

. . .

ولو أوصى بسيف^(٤) لا إنسان، فهو له بنمده وحائله عند أبي حنيفة وزفر. وقال أبو يوسف: له^(٥) السيف لا غير^(٦).

وكذا لو أوصى بالميزان والقبان والسرّج - فعند زفر: يدخل كل^(٧)

= وصية فلان، ولم يذكر خلافا - فيجوز أن يكون ما ذكر في الأصل قول أبي يوسف وما ذكر في الجامع قول محمد، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان.

(١) «موت» ليست في أ. ح.

(٢) في أ. ب. و. ح. «بطلت الوصية له فتد ميراثا».

(٣) «فلان» ليست في أ. ب. وفي أ. «لعمرو».

(٤) في أ. «سيفه». وفي أ. «سيف».

(٥) «له» ليست في أ. ح.

(٦) انظر في الصفحة التالية مسألة ما إذا أوصى بمصحف.

(٧) «كل» ليست في أ. ح.

ما كان من توابع ذلك الشيء . وعند أبي يوسف : يدخل ما كان متصلاً به^(١) .

وفي المصحف الذى له غلاف : عند أبي حنيفة وأبي يوسف^(٢) : لا يدخل الغلاف . وعند زفر : يدخل - فأبو يوسف مر على أصله ، وكذا زفر . وأبو حنيفة إما أن يفرق بين المصحف وسائر المسائل^(٣) ، أو يكون عنه روايتان .

ولو أوصى بشيء في الظرف ، فإن المتبر فيه المادة : إن^(٤) كان مما^(٥) يباع مع الظرف : يدخل ، وإلا فلا^(٦) و^(٧) .

(١) في « كذا » : « متصلاً به » .

(٢) « وأبي يوسف » ليست في « أ » .

(٣) راجع في الصفحة السابقة مسألة ما إذا أوصى ببيت .

(٤) في ب : « وإن » .

(٥) في « أ » : « كل ما » .

(٦) في ب : « يدخل فيه » أ . « فليس فيها » : « وإلا فلا » .

(٧) زاد في ب : « والله أعلم » .

كتاب الوكالة

يحتاج إلى^(١) :

بيان الوكالة^(٢) لغة وشرعا ،

وإلى بيان أنواعها .

أما الوارء^(٣)

في اللغة - < ف > هي^(٤) الحفظ : قال الله تعالى : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل »^(٥) أى ونعم الحافظ .

وقد^(٦) يراد بها^(٧) التفويض - يقال : « توكلت على الله » أى فوضت^(٨) أمرى إليه .

وفي الشرح كذلك : هي^(٩) تفويض التصرف ، والحفظ ، إلى الوكيل .

(١) في أ و ح : « قال رحمه الله : يحتاج إلى » . وفي الأصل : « قال : يحتاج إلى » .
(٢) و (٣) في ب : « التوكيل » .

(٤) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « هو » . راجع المامش السابق .
(٥) آل عمران : ١٧٣ - « الذين قال لهم الناس إن الناس قد جدجوا لكم فاختشعوا »
فزادهم إيماء وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « وذلك » . فهناك مثنيان للوكالة : الحفظ ، والتفويض
(الكشاف) ، ١٩ : ٦ : « من أسفل » . وانظر مايلي في المتن .
(٧) في أ و ب و ح : « » .

(٨) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « وفوضت » .

(٩) « هي » ليست في أ و ب : « هو » . راجع فيما تقدم للموامش ٢ و ٣ و ٤ و ٧ .

ولهذا قال أصحابنا : « من قال : وكنت فلاناً في مالى ^(١) » - يصير وكيلًا في الحفظ ، لأنه أدنى .

ثم الوكالة نوعان : أُمدهما ^(٢) في حقوق الله تعالى ، والثاني في حقوق العباد

أما الوكالة في حقوق الله تعالى

فتوعان ^(٣) : في الإثبات ، والاستيفاء .

أول - التوكيل ^(٤) في إثبات المهرود

وهو ^(٥) الذى ^(٦) يحتاج فيه ^(٧) إلى الخصومة : من حد السرقة ، وحد القذف - وفيه خلاف : قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز ، وقال أبو يوسف : لا يجوز . وكذا الخلاف في إثبات القصاص أيضا ^(٨) . أما في غيرها : فلا يحتاج ^(٩) فيه إلى الخصومة ، فلا يصح فيه التوكيل في الإثبات ، بل يثبت ذلك عند القاضى : بالشهود ، والإقرار .

(١) في « د » في مالى .

(٢) « أحدهما » من « او » .

(٣) « أهما » من « او » .

(٤) في ب : « التوكيل » .

(٥) « وهو » ليست في ب . وفي « او » « وهى » .

(٦) في « او ب » « الذى » .

(٧) في « او ب » : « فيها » .

(٨) في « او » « وكذا في إثبات القصاص » .

(٩) « أهما » من « او » . وفي « د » فأما في غيرها فلا . وفي ب : « فأما في غيرها فلا » .

وفي « د » : « فأما في غيرها فلا » .

وأما في الاستيفاء

<ف> إن كان المبرور منه حاضرا ، و^(١) المقذوف : يجوز التوكيل بالاستيفاء ، لأن ذلك إلى الإمام ، وهو لا يقدر أن يباشر نفسه على كل حال . وإن كان غائبا : اختلف المشايخ - قيل : يجوز ، لأنه لا يصح العفو والصلح عنها^(٢) . وقيل : لا يجوز ، لأنه يحتمل الإقرار والتصديق . وأما في القصاص : <ف> إن كان الولي حاضرا : يجوز ، وإن كان غائبا : لا يجوز ، لاحتمال العفو .

وأما^(٣) الوطأة في حقوق العباد

فأنواع - منها :

الوطأة في النصوص : في إثبات الدين ، والعين ، والحقوق واختلقوا فيها^(٤) : قال أبو حنيفة : لا يصح من غير رضا الخصم ، إلا من عذر السفر^(٥) ، أو المرض ، أو كانت امرأة مخدرة . وقال أبو بكر الرازي : جواب أصحابنا في الرجل والمرأة سواء ، وإنما هذا شيء^(٦) استحسنته المتأخرون . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يصح

(١) في أو ب و ح : « أو » .

(٢) في ب : « فيها » .

(٣) في ب : « ومنها » .

(٤) في الأصل و أو ب و ح : « فيه » .

(٥) في ح : « السفر » .

(٦) « هذا شيء » : « ليس في أ . و شيء » : « ليس في ح . وفي ب : « هو شيء » .

من غير رضا الخصم في الأحوال كلها^(١)، وهي مسألة معروفة .

وإذا صح التوكيل بالخصومة : < ف > إذا أقر الوكيل على موكله :
< ف > عند أبي حنيفة ومحمد : يصح في مجلس القضاء^(٢) ، ولا يصح في
غير مجلسه .

وقال أبو يوسف : يصح فيهما جميعا^(٣) .
وقال زفر والشافعي : لا يصح أصلا .

وأجمعوا أنه إذا استثنى الإقرار وتركية الشهود في عقد التوكيل :
يصح^(٤) ويكون وكلا بالإنكار لا غير .
وأما إذا وكل بالخصومة مطلقا ، ثم استثنى الإقرار^(٥) في كلام
منفصل^(٦) : < ف > عند محمد : لا يجوز^(٧) ، وعند أبي يوسف : يصح .
وأجمعوا أن إقرار الأثب ، والوصى ، وأمين القاضى - على
الضئير : لا يصح .

.

-
- (١) « وعلى قول ... كلها » من أوب و ح . . .
(٢) في أوب و ح : « القاضى » .
(٣) « جميعا » من ب .
(٤) « وتركية الشهود ... يصح » من أوب و ح . وراجع الكشافى : ٢٢ : ٦ .
١٠ من أسفل .
(٥) هنا تكرار في ب .
(٦) في أوب و ح : « منفصلا » .
(٧) في أوب و ح : « لا يصح » .

وأما التوكيل بالإقرار إن^(١) ثبت عنده ذكر الطحاوى أنه لا يجوز^(٢) .
وذكر في الوكالة أنه يجوز .

• • •

والوكيل بالخصومة ، في مال - إذا قضى القاضى بالمال ، هل يملك القبض ؟ فمعتدنا : يملك ، وعند زفر : لا يملك .
أما الوكيل^(٣) بتقاضى الدين : < ف > يملك القبض أيضا^(٤) في ظاهر الرواية ، ولكن أصحابنا المتأخرون قالوا : لا يملك ، بحكم العرف ، كالوكلاء في باب القضاء^(٥) .

وأما الوكيل بقبض الدين - < ف > هل^(٦) يملك الخصومة في إثبات الدين إذا أنكر التريم ؟ عند أبى حنيفة : يملك^(٧) ، وعندهما : لا يملك^(٨) .
وأجمعوا أن الوكيل بقبض العين ، إذا أنكر التريم^(٩) ، لا يملك الخصومة .
وأجمعوا أن الوكيل باللائمة لا يملك القبض .

(١) « إن » من أ و ب و ح - وعبارة « إن ثبت عنده » لا يظهر لها عمل هنا . وفي الكشاف (٢٢ : ٦) من أصل : « وأما التوكيل بالإقرار فذكر في الأصل أنه يجوز ، وذكر الطحاوى أنه لا يجوز » .

(٢) في أ : « الطحاوى أنه يجوز » . راجع الحامش السابق .

(٣) كذلك في ح - وفي الأصل و أ و ب : « التوكيل » ..

(٤) « أيضا » ليست في ب .

(٥) في أ و ح : « في باب القضاء » .

(٦) في أ و ح كذلك : « وأما التوكيل في قبض هل ... »

(٧) في ب : « عند أبى حنيفة يملك القبض في حديث التبعين » . وانظر الحامش التالي .

(٨) « في إثبات الدين ... لا يملك » ليست في ح - وفي أ : « لا يملك الخصومة » .

(٩) « التريم » من أ و ح -

وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة ، وبالرد بالعيب ، وبالقسمة : < إنه >
يملك الحصومة .

ثم لكل واحد من الحصين أن يعزل وكيله ، من غير محضر من خصمه ^(١) ، إلا إذا كان وكلا بالتماس الخصم ^(٢) ، فلا بد من حضرة الخصم حتى يصح عزله ^(٣) ، ولكن لا بد من علم الوكيل ، أو حضرته ، حتى يصح ^(٤) عزله ، حتى لا يؤدي إلى الضرر في حقه . وكذا الجواب في كل وكالة .

وإذا بلغ الوكيل الخبر بالعزل ، بالكتابة أو بالرسالة : ينزل . بلا خلاف . وأما إذا جاءه على وجه الخبر : لم ينزل عند أبي حنيفة ^(٥) ، حتى يخبره رجل عدل ، أو رجلان على أي صفة كانا ^(٦) . فالشرط عنده أخذ شطري الشهادة : إما العدالة ، أو العدد . وعندهما : خبر الواحد مقبول ، ولا يشترط العدالة ، لأن هذا من باب المعاملة .

(١) في ب : « من خصمه الآخر » .

(٢) قال الزيلعي (التبيين : ٤ : ٢٨٦) : « اعلم أن الموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء ، لا سيما حقه ، يملك إسقاطها ، إلا إذا تعلق بها حق الغير ، بأن وكله بالحصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب ، فإن الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة ، لأنه إنما غلب سببه اعتدادا على أنه يتمكن من إثبات حقه متى شاء . فلو جاز عزله لتضرر الطالب عند اختفاء المطلوب لما به من إسقاط حقه ، فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن . بخلاف ما إذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهة » .

(٣) « عزله » ليست في ح . راجع المامض السابق .

(٤) « يصح » ليست في د و ه .

(٥) « عند أبي حنيفة » ليست في د و ه .

(٦) « كذا في أ و ب و ج . وفي الأصل : « كان » .

وطنها - الوفاة بقبض الدين (١)

مصححة > ، لحاجة صاحبه إلى قبض الوكيل ، لم تجزه عن قبض
ديونه بنفسه كلها - إلا أن (٢) في قبض رأس مال السلم ، وعن الصرف (٣) :
يصح التوكيل في المجلس ، لا خارج المجلس (٤) ، لأن الموكل يملك
القبض في المجلس لا غير (٥) .

. . .

وإذا قبض الوكيل يبرأ (٦) المدين ، وصار المقبوض ملكا لصاحب
الدين ، ويكون أمانة في يد الوكيل ، ويكون حكمه حكم المودع في
أن (٧) يقبل قوله إنه دفعه (٨) إلى صاحب الدين ، وفي كل ما يبرأ به (٩)
المودع من الوديعة (١٠) .

. . .

وليس للوكيل بالقبض أن يوكل غيره ، لأنه رضى برأيه وأمانته (١١)

(١) « الدين » ساقطة من ا و ح .

(٢) « أن » ساقطة من ا .

(٣) في ا و ح : « رأس مال السلم ثم الصرف » .

(٤) « لا خارج المجلس » ليست في ا و ح .

(٥) « لا غير » ليست في ا و ح .

(٦) في ب : « برأ » ، وفي ح : « يبرؤ » ، وفي ا : « يرى » .

(٧) في ب : « في أنه » .

(٨) في ب : « قوله إذا دفع » .

(٩) في ا : « ما يرى » ، وفي ب : « ما يرى به » ، وفي ح : « ما يرى به » .

(١٠) راجع فيما تقدم من ٢٢٥ وما بعدها .

(١١) « وأمانته » من ا و ب و ح .

وحده. فإن فعل ذلك ، وقبض الوكيل الثاني : لم يبرأ الغريم من الدين ، لأن التوكيل لم يصح ، فهو كالأجنبي ، إلا إذا وصل ^(١) ما قبض إلى الوكيل الأول ، لأنه وصل إلى يد من هو نائب المالك . فإن هلك في يد القابض ، قبل ذلك : ضمنه الذي قبضه ، و ^(٢) لم يبرأ الدافع من الدين الذي عليه ، وكان ^(٣) للطالب أن يأخذ الغريم بدينة . فإذا أخذه منه ، رجع الغريم على من دفعه إليه ، فيرجع ^(٤) الوكيل الثاني على الأول : إن هلك ، ما قبض ، في يده : إلا إذا قال الموكل للوكيل بالقبض : « اصنع ما شئت » : فله أن يوكل غيره بالقبض .

وليس للوكيل قبض الدين أن يأخذ عيناً بمكانه ، لأن هذا ^(٥) عقد معاوضة ، وقد وكله قبض حقه لا غير ، لا بالاستبدال ولا بالاعتراض ^(٦) .

ولو وكل رجلين قبض دينه ، فليس لأحدهما أن يقبض دون صاحبه ، لأنه رضى برأيهما ، لا برأى أحدهما ، فإن قبض أحدهما لم يبرأ ^(٧) الغريم ،

(١) في « أ » وصل .

(٢) ضمنه الذي قبضه . « من أ » و « ب » .

(٣) هكذا في « ب » . وفي الأصل : « وإن » . وفي « أ » : « فكان للطالب » .

(٤) في « أ » و « ب » : « ورجع » .

(٥) « لأن هذا » من « أ » و « ب » . وفي الأصل : « لأنه » .

(٦) في « ب » : « وقد وكل قبضه لا غير الاستبدال » . والاعتراض عنه . وفي « أ » : « وقد وكله قبضه لا بالاستبدال » .

و « ب » : « وقد وكله قبضه لا بالاستبدال » . والاعتراض عنه .

(٧) في « ب » : « كما » . لم يرى .

حتى يصل ما قبض^(١) أحدهما إلى صاحبه ، فيقع ذلك في أيديهما جميعاً ،
أو يصل إلى^(٢) الموكل ، لأن المقصود بالقبض قد حصل ، فكأنهما قد^(٣)
قبضاه ابتداءً .

. . . .

ولو أن الوكيل قبض الدين قبضه^(٤) ، فوجد مميياً ، فما كان للموكل
رده : فلو وكيل رده وأخذ بدله^(٥) ، لأنه قائم مقامه^(٦) .

. . . .

ولو كان لرجل على رجل دين فجاءه رجل وقال له^(٧) : « إن الطالب
أمرني بقبضه منك^(٨) » ، فدفعه^(٩) إليه ، ثم جاء الطالب وأنكر أن يكون
أمره بذلك ، فهذا على ثلاثة أوجه :

أحدها - إن صدق الوكيل بالوكالة ، ودفعه إليه ، فإنه يقال له : « ادفع
الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل » ، لأنه أقر بالوكالة^(١٠) ، وإقراره

(١) في ا و ح : « ما قبض » .

(٢) « إلى » ليست في ا .

(٣) « قد » من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « لذا قبضه » .

(٥) في ا : « مميياً فله أن يرده وأخذ بدله » .

(٦) في ب و ح : « لأنه كان قائماً مقامه » .

(٧) « ده » من ا و ح .

(٨) في ا و ح : « قبض دينه منك » . وفي ب : « قبضه » فقط .

(٩) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « ودفع » .

(١٠) « لأنه أقر بالوكالة » ليست في ا .

صحيح في حق نفسه ، فكأنه يقول : « إن الطالب ظفني بالقبض ^(١) ، فلا أظلم الوكيل القابض بحق » .

والثاني - إن صدقه وضمته ما ^(٢) دفعه إليه ، ثم حضر الموكل ورجع عليه : رجع ^(٣) هو على القابض - لأنه ، وإن اعترف أنه قبض بحق وأن الطالب ظالم ^(٤) فيما قبض ، ولكنه ^(٥) ضمنه ما يطلبه الطالب ^(٦) بغير حق ، فيصح الضمان ، كما لو قال : « ما غصبك فلان فهو علي » .

والثالث - إن كان المطلوب يقول ^(٧) : « كذب الوكيل في الوكالة » ، أو لم يصدق ولم يكذب ، ودفعه إليه ، ثم حضر الطالب ، وأخذ منه : رجع على الوكيل ، لأنه لما كذبه أو لم يكذبه ولم يصدقه ، ثم طالبه ، عاد إلى التكذيب ، وله ذلك ، فلم ^(٨) يقر بكونه قابضا بحق ^(٩) ، فله أن يرجع ^(١٠) .

(١) « بالقبض » ليست في أ و ح .

(٢) « ما » من أ و ب و ح . وفي الأصل : « وضمته ودفعه » .

(٣) « رجع » ساقطة من ح .

(٤) في أ و ح : « ظفني » .

(٥) « كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « ولكن » .

(٦) « هكذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « الطالب » .

(٧) « يقول » ليست في أ و ب و ح . فيها : « المطلوب كذب .. » .

(٨) في أ و ح : « كذب الوكيل في الوكالة أو لم يصدق ولم يكذب أو كذبه ولم يصدقه ثم طالبه ضد لي التكذيب فله ذلك فإن لم » .

(٩) « بحق » ليست في ح . وفي ب : « لحق » .

(١٠) زاد في أ و ب و ح : « عليه » .

وأما التوكيل بالشراء فنقول :

جاء هذا أن الوكالة على ضربين : وكالة عامة ، ووكالة خاصة .

أما الوكالة العامة :

فإنها تصنع ^(١) مع الجلالة الكثيرة ^(٢) ، كما إذا قال : « اشتري ^(٣) »
ملبثت أو ما رأيت » ، لأنه فوض الرأي إليه ، فصار بمنزلة البضاعة
والمضاربة ^(٤) .

وأما الوكالة الخاصة :

فالتعريف أن لا تجوز ما لم يذكر الجنس وقدر الثمن والصفة ، كما في
البيع ^(٥) ، وفي الاستحسان أن الجلالة اليسيرة لا تمنع ^(٦) .

وإنما تقل الجلالة : إذا كان اسم ما وكل بشرائه لا يتناول إلا نوعا
واحدا ^(٧) ، وذكر فيه أحد أمرين : إما الصفة أو مقدار الثمن ، فإذا كان
الاسم ^(٨) يتناول أنواعا مختلفة أو في حكم الأنواع المختلفة ^(٩) . فإن الجلالة

(١) كذا في ١ . وفي الأصل و ب و هـ : « على ضربين : وكالة عامة تصنع (في هـ : يصنع) » .

(٢) ب : « الكثيرة » .

(٣) « لي » ليست في ١ و هـ .

(٤) راجع « كتاب المضاربة » ص ٢٢ وما بعدها والمقام ص ٢٦ .

(٥) « الجنس » ليست في ١ و ب و هـ بل التي فيها : « النوع » فيها : « ما لم يذكر
النوع والصفة ومقدار الثمن كما في البيع » ولكن « الثمن » ساقطة من ١ . وفي الكسائي
(٢٣ : ٦ و ٣٠ : ١٩) مثل سألني ١ و ب و هـ . وراجع ٢ ص ٦٢ وما بعدها .

(٦) في ١ و هـ : « وفي الاستحسان : يجوز لأن الجلالة اليسيرة » .

(٧) « واحدا » ليست في هـ .

(٨) ب : « تكرارا هنا » .

(٩) « أو في حكم الأنواع المختلفة » ليست في ١ و هـ .

كثيرة ، فلا تجوز الوكالة ، وإن بين^(١) مقدار الثمن ، أو الصفة ، أو كلاهما ، ما لم يبين مع ذلك نوعاً منه .

أما بيان الأول :

— إذا قال الموكل^(٢) للوكيل : « اشتر لي عبداً أو جارية » ، وإن بين الثمن أو الصفة^(٣) ، بأن قال تركياً أو رومياً أو هندياً - جاز^(٤) ، لأنه تقل الجهالة بذكر أحدهما وبحال الموكل .

— ولو قال : « اشتر لي^(٥) جماراً أو بفلاً أو فرساً » ، ولم يبين له صفة ولا ثمنًا^(٦) ، قالوا : يجوز ، لأن النوع لم يختلف ، والصفة تكون^(٧) معلومة بحال الموكل .

— ولو قال : « اشتر شاة أو بقرة » ، ولم يبين له^(٨) صفة ولا ثمنًا - لم يجوز ، لأنها لا تصير معلومة الصفة^(٩) بحال الموكل ، وقد ذكرنا أنه لا بد من أن تكون الصفة أو^(١٠) الثمن معلوماً .

(١) في ب : « وإن بين » . وفي ا و هـ : « كثيرة لا يجوز الوكالة وإن بين » .

(٢) « الموكل » من ب وليس فيها : « للوكيل » .

(٣) في ا و هـ : « إن بين الصفة أو مقدار الثمن » . وفي ب : « فله أن يبين الثمن أو الصفة » .

(٤) « جاز » ساقطة من ا و هـ .

(٥) « لي » ليست في ا و هـ . « اشتر لي » ساقطة من ا .

(٦) في ا و هـ كذا : « وبين له صفة - لا ثمنًا » .

(٧) في ا و ب و هـ : « تصير » . وفي ب كذا : « والصفة تصير معلومة الصفة بحال الموكل » .

(٨) « له » من ا و هـ .

(٩) في ب : « لأنه لا يصير معلوم الصفة » .

(١٠) في ا و هـ : « و » .

وَأَمَّا بَيَانُ الثَّانِي :

— إِذَا قَالَ : « اشْتَرَى (١) حَيَوَانًا ، أَوْ مَمْلُوكًا ، أَوْ دَابَّةً ، أَوْ ثَوْبًا :
لَا يَجُوزُ ، وَإِنْ بَيْنَ الثَّمَنِ ، لِأَنَّ الْأَسْمَ يَقَعُ عَلَى أَنْوَاعٍ مُخْتَلِفَةٍ .
— وَكَذَا إِذَا قَالَ : « اشْتَرَى (٢) جَوْهَرًا » ، لَمَّا قُلْنَا .
— وَكَذَا إِذَا قَالَ : « اشْتَرَى (٣) حَنْطَةً » : لَا يَجُوزُ الْوَكَالَةُ ، مَا لَمْ
يُبَيِّنِ الثَّمَنَ (٤) أَوْ عَدَدَ الْقَفْزَانِ .

. . .

وَلَوْ وَكَلَهُ بِشْرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ ، وَسَمَّى الثَّمَنَ أَوْ الصِّفَةَ ، فَاشْتَرَى
أَعْمَى أَوْ مَقْطُوعَ الْيَدَيْنِ أَوْ الرَّجْلَيْنِ — فَإِنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا
اشْتَرَى مَا يُسَمَّى عَبْدًا أَوْ جَارِيَةً . وَعِنْدَهُمَا : يَجُوزُ الْأَعْوَرُ (٦) أَوْ مَقْطُوعُ
أَحَدِ الطَّرْفَيْنِ ، فَأَمَّا فَائِثُ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ : <فَلَا يَجُوزُ (٧)> .
وَلَوْ وَكَلَهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ طَعَامًا وَلَمْ يُبَيِّنْ لَهُ — فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ قَلِيلًا :
يَصْرِفُ (٨) إِلَى الْخَبَرِ ، وَإِنْ كَثِيرًا : انْصَرَفَ إِلَى الْحَنْطَةِ وَالْذَقِيقِ .

(١) « لِي » لَيْسَتْ فِي أَوْ .

(٢) « أَوْ » لَيْسَتْ فِي ب .

(٣) و (٤) « لِي » لَيْسَتْ فِي أَوْ . وَانْظُرِ الْمَامُشِ الثَّالِي .

(٥) « لِي حَنْطَةً .. الثَّمَنُ » سَائِقَةٌ مِنْ .

(٦) هَكَذَا فِي أَوْ ب وَ . وَفِي الْأَصْلِ : « الْعَوْر » .

(٧) هَكَذَا الْبَيَانُ فِي أ . أَمَّا فِي الْأَصْلِ ب وَ . « فَأَمَّا لَا يَجُوزُ فَائِثُ جِنْسٍ (فِي .

الْجِلْسِ) الْمَنْفَعَةِ » .

(٨) فِي ب وَ . « انْصَرَفَ » .

ولو قال: «اشترى^(١) بدرهم لحماً» انصرف إلى ما يباع في السوق، في الأغلب، دون لحم الوحش والطيرو السمك والشواوي^(٢) المطبوخ. وفي الرأس ينصرف إلى المشوى دون النىء، ويقع على رأس النعم دون البقر. وهو أمر مبني على العادة^(٣).

ولو قال: «اشترى^(٤) جارية بمئنة دينار»، فاشتراها بدراهم، تكون قدر قيمة^(٥) مائة دينار، أو أقل - جاز على الأمر، في قياس قول^(٦) أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال زفر: لا^(٧) يلزم الأمر - وهذا رواية الحسن بن زياد. وقال الكرخي: المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد^(٨) أنه لا يجوز أن^(٩) يشتريها بالدراهم، كما قال زفر، لأنهما جنسان مختلفان.

. . .

ثم الوكيل بالشراء إذا خالف يصير^(١٠) مشترى لنفسه. فأما

(١) «لى» ليست في او - .

(٢) «و» ليست في او - فبيها كذا: «والثوا المطبوخ» .

(٣) في او - : «وهذا أمر يبنى على العادة» .

(٤) «لى» ليست في او - .

(٥) فى ب : «يكون قيمتها» .

(٦) «قول» من او ب و - .

(٧) «لا» ساقطة من ب. وفى او - : «وعند زفر: لا يلزم» .

(٨) هكذا فى او ب و - . وفى الأصل: «من قولهم» .

(٩) فى ب : «لا أن يشتريها» .

(١٠) فى ب : «يكون» .

الوكيل^(١) بالبيع : إذا خالف ، يكون موقوفا على الإجازة الخاصة به والفرق ظاهر^(٢) .

وأما التوكيل^(٣) بالبيع - فنقول :

عند أبي حنيفة : الوكيل بالبيع مطلقا له أن يبيع بما عز وهان^(٤) ، بأي^(٥) ممن كان ، وإن كان غيبا فاحشا ، وسواء كان الثمن عينا أو دينا .
وعندهما : لا يجوز إلا أن يبيع ، بالائتمان ، بمثل قيمته .
وأما إذا باع الوكيل بمض ما وكل بيعه ، فهو على وجهين :
إن كان ذلك مما لا ضرر في تبغيضه : جاز ، بالاتفاق ، مثل المكمل والموزون ، أو يبيع^(٦) شيئين .
وإن كان في تبغيضه ضرر ، بأن كان التوكيل يبيع عبد ، فباع نصفه ... جاز عند أبي حنيفة ، وعندهما : لا يجوز ، إلا أن يجيزه الموكل .

. . .

(١) في ب : « بخلاف الوكيل » .

(٢) وهو « أن الوكيل بالشراء منهم ، لأنه يملك الشراء لنفسه ، فأمكن تنفيذه عليه ، حق له لو كان صيبا محجورا أو عبدا محجورا لا يتنفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل لأنها لا يملك الشراء لأنفسها ، فلا يمكن التنفيذ عليها ، فتوقف » الكاساني ، ١٠ : ٢٩٦ .
من أسفل . وراجع المرفياني ، الهداية (الطبعة الخاصة بالمتن) ١٠٣ : ٣ - ١٠٤ و ١٠٧ .

(٣) في ا و ح : « التوكيل » .

(٤) « بما عز وهان » من ا و ب . وفي ح : « ما عز وهان » .

(٥) في ا و ب و ح : « وأي » .

(٦) في ب : « أو يبيع » . وفي ح كذا : « أو يبيع » .

ثم الوكالة لزوجان

منها - ما لاحقوق له إلا ما أمر به ، كالوكالة بتقاضى الدين ، والوكالة باللازمة ، ونحوهما .

ومنها - ما يكون حقوقه للوكيل ، وعليه .

ومنها - ما يكون حقوقه للموكل ، وعليه .

فكل ما لا يحتاج فيه إلى إضافة العقد إلى الموكل ، ويكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه - كالياعات ، والأشربة ، والأجارات ، والصلح عن إقرار ، ونحوها : فإن الحقوق ^(١) ترجع إلى الوكيل ، حتى يجب عليه تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، ويخاصم المشتري الوكيل في العيب ، ويجب ^(٢) عليه الضمان عند الاستحقاق ، إلا إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم المهددة ^(٣) ، كالصبي المحجور والعبد المحجور ، والقاضى ، وأمين القاضى ، ونحو ذلك .

وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق . وليس للموكل أن يباشر ذلك بنفسه ، ما دام الوكيل قائما ، فإن مات الوكيل أو جن جنونا مطبقا ^(٤) .

(١) في ا و ح : « حقوقا » .

(٢) في ا و ح : « ويمجى » .

(٣) في ب : « إلا إذا كان العاقد الوكيل ليس من أهل لزوم العقد » .

(٤) « مطبقا » ليست في ب . ومططبق « يسكون الماء وكسر الباء أى داهم ومنه تسمية الأشياء المحيى الدموية باللازمة بالمطابقة ا هـ . انتهى - قال النووي رحمه الله فى تحرير التبيين : المجنون المطبق يفتح الباء أى ألقى أطلق جنونه ودام متصلا ومنه قول الرب : المحي المطبق يفتح الباء وفى الدائمة ا هـ الشلى على الترتيب ٤٠ : ٢٨٧ .

وهو > شهر عند أبي يوسف ، وحول ^(١) عند محمد < ^(٢) : يخرج الوكيل من الوكالة ، وترجع المدة إلى الموكل ^(٣) .

وأما ما يحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل - كالنكاح ، والحلع ، والطلاق على مال ، والصلح عن ^(٤) دم الممد ، والمتق على مال ، والكتابة ، والصلح عن ^(٥) إنكار ، ونحوها : فالخقوق ترجع إلى الموكل .

ثم الوكيل بالبيع - إذا رد عليه المبيع باليب ، يملك أن يبيعه مرة أخرى . وكذلك في كل ما يكون هو الخصم فيه .
ولو أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري من الثمن ، أو أجله ، أو أخذ بالثمن عوضا غيره ^(٦) ، أو صالحه من الثمن على شيء ، فذلك كله جائز على الوكيل عند أبي حنيفة ، ويضمن للموكل ، وعلى قولهما : لا يجوز شيء من ذلك ^(٧) .

. . .

(١) > حول « من اوب و » .

(٢) في الأصل « اوب و » : > شهر عند محمد وحول عند أبي يوسف « ولكننا وجدنا أن الصحيح ما أبتناه في المتن (الكشاف : ٣٨ : ٢٩ . والزيلي : ٤ ، ٢٨٧ - ٢٨٨ . والمرغباني ، الهداية : ١٢٧ : ٦ - ١٢٨) . وفي الهداية أنه عن أبي يوسف : أكثر من يوم وليلة . وقال قاضي زاده في نتائج الإنكار (١٢٨ : ٦) > قال المناطلي في الإجناس : > قال ابن سماعة في نوادره : قال محمد في قوله الأول : حتى يجين يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ، ثم رجوع وقال : حتى يجين شهرا ، ثم رجوع وقال : حتى يجين ستة « .

(٣) > ترجع المدة إلى الموكل « من اوب و » .

(٤) كذا في اوب و « . وفي الأصل : « من » .

(٥) كذا في اوب و « . وفي الأصل : « على » .

(٦) في ب : > عوضا أو غيره « .

(٧) في ا : > عند أبي حنيفة ومحمد ويضمن للموكل ، وعلى قول أبي يوسف : لا يجوز شيء من «

وإن ارتد الوكيل ، توقفت الوكالة - فإن أسلم : جاز > ت < ، وإن
 قتل على رده ، أو لحق بدار الحرب مرتدا^(١) وحكم بلحاقه^(٢) : يطل ،
 وعندهما : جائزة^(٣) - وأصل المسألة أن تصرفات المرتد موقوفة عنده ،
 وعندهما : نافذة ، وتصرفات المرتدة^(٤) نافذة بلا خلاف - فإن رجع مسلما :
 عاد إلى وكالته عند محمد ، وعند أبي يوسف : لا يعود^(٥) .

== ذلك . « . وفي : « أو صالحه من الثمن على شيء » فذلك قول أبي يوسف لا يجوز شيء من ذلك .
 والظاهر أن عبارة « تشابه عبارة » إلا أنه سقط من « قوله في : « كله جائز على الوكيل عند
 أبي حنيفة ومحمد ويضمن للموكل وعلى قول . « . وفي الكاساني مثل ما في المتن (٦ : ٢٨٨) .

(١) « مرتدا » من ب .

(٢) هكذا في ب . وفي الأصل و ا و ه : « بلحقه » . وقال الكاساني (٦ : ٣٨٨)
 - (٣٩) : « بلحاقه » نارة و « بلحقه » نارة . وقال النسي في الكنز : « ولحقه » . وقال
 الزيلعي (التبيين ، ٤ ، ٢٨٨) وقامني زاده (نتائج الأفكار ، ٦ : ١٢٦) : « بلحقه » . وفي
 الصباح : « المحقوق للزوم والحق الإِدْرَاك » .

(٣) « التاء » من ا و ه .

(٤) في ب : « المرتدة » .

(٥) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب الكفالة

قال^(١) :

يحتاج إلى :

- بيان الكفالة لغة وشرعا ،
- وإلى بيان ألتقاط الكفالة ،
- وإلى بيان شرائط صحتها ،
- وإلى بيان أنواع المكفول به ،
- وإلى بيان أحكامها .

أما الأول

فالكفالة لغة هي الضم - قال الله تعالى : « وكفّلها زكريا^(٢) » ، أى ضمها إلى نفسه .

وفى الشرع - ضم ذمة ، إلى ذمة ، فى حق المطالبة ، أو فى حق أصل الدين : على حسب ما اختلف المشايخ فيه :

(١) فى ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله » . وفى - : « قال رحمه الله » . وفى ا : « قال رحمه الله : يحتاج » .

(٢) آل عمران : ٣٧ - « فتبليها رجلاً طيّباً بحسن وأمينها نائماً حسناً وكفّلها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقاً قال يا مريم أى لك هذا قالت نعم من عند الله إن الله يرزق من يشاء بغير حساب » .

وأما أفعال الكفالة

< ف > أن يقول الكفيل للطالب : « دعه فأنا ضامن ماعليه » أو
« كفيل بذلك » أو « قَبِيل » أو « زعيم » أو « هو إلي » أو « على » أو
« هو^(١) لك عندي » أو « هو لك قَبِيلِي » .
وقد ذكرنا في كتاب الأوقار : « إذا قال لفلان عندي كذا ، يكون
إقراراً بالوديعة^(٢) » ، وهنا : يكون ضمناً - لأن قوله « عندي^(٣) » يحتمل
« هو في يدي » ويحتمل « هو في ذمتي » ، فيقع على الأذن^(٤) ، وهو
الوديعة ، فأما الدين فلا يكون إلا في الذمة ولا يكون في اليد^(٥) ،
فحمل على الوجوب هنا .

وأما شرائطها

فمن ذلك - أن يكون الكفيل من أهل التبرع ، لأن الكفالة تبرع
بالتزام المال^(٦) . فلا يصح من الصبي ، والبند المحجور عليه^(٧) . وكذا

(١) في أ و ح : « ما هو » .

(٢) راجع فيما تقدم من ٣١٧ وما بعدها .

(٣) « عندي » سابقة من ح .

(٤) في ح : « الأول » .

(٥) « ولا يكون في اليد » من أ و ب و ح .

(٦) « المال » من أ و ب و ح .

(٧) في أ و ح : « الصبي والبند المحجور عليهما » . وفي ب : « الصبي والبند المحجور عليهما » .

وقال الكاساني (٦ : ٦٠ - ٦) : « أما الذي يرجع إلى الكفيل فأشياء منها النقل ومنها البلوغ
وإنهما من شرائط الانقضاء لهذا التصرف فلا تتخذ كفالة الصبي والمجنون ... ومنها الحرية وهي
شرط نفاذ هذا التصرف - فلا تجوز كفالة البند محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة » . وقال ابن -

لا تصح كفالة المكاتب . وكذا كفالة المريض : لا تصح إلا من
الثلاث كثره .

ومن شرطها أيضاً - أن يكون الدين صحيحاً ، سواء كان ^(١) على الصغير
أو العبد المحجور ، لأنه يطالب بعد التقى .

وأما الكفالة بيد الكتابة - فإنه ^(٢) لا تجوز ، لأنه ليس بيد صحيح ،
لأنه ^(٣) لا يجب للمولى على عبده شيء ، وإنما وجب مخالفاً للقياس ،
لمصلحة الكتابة ^(٤) ، نظراً للعبد ، حتى يصل إلى التقى ^(٥) .

وأما المكفول به

فنوعان ^(٦) : الديون ، والأعيان .

أما الكفالة بالمربون :

< ف > صحيحة بلا خلاف ، وصاحب الدين بالخيار : إن شاء طالب

المال ، (الفتح ، ٣٨٩ : ٥٠) : « وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع فلا كفالة من صي ولا
عبد محجور ولا مكاتب .. » وقال الزيلعي (التبيين ، ٤ : ١٤٦) : « وأهلها أن يكون
الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب
والصغير .. » .

(١) « كان » من أوب و - وفي الأصل علامة تشير للتعصبا ولكن ليس في الهامش
الكلمة الناقصة .

(٢) « فإنه » من أوب و .

(٣) « لأنه » ليست في .

(٤) في أوب و : « لكفالة » .

(٥) راجع ص ٤١٨ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٦) في أوب و : « وأما أنواع المكفول به فنقول : المكفول به نوعان » وفي ب : « وأما

نوع المكفول به : نوعان » .

الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، ولا يوجب برائة الأصيل عندنا .
وعند ابن أبي ليلى : يوجب البرائة - وهذا فاسد ، لأنه يصير الكفالة
والحوالة سواء .

وأبها اختار مطالبته ^(١) لا يبرأ الآخر - بخلاف غاصب الغاصب مع
الغاصب : فإن ^(٢) للمالك أن يضمن أيها شاه ، وإذا اختار تضمين ^(٣)
أحدهما ، لم يكن له اختيار الآخر . وكذا في إعتاق أحد الشريكين :
الشريك الساكت بالخيار بين أن يضمن المعتق إن كان موسرا ، وبين
أن يستسمى العبد ^(٤) ، فإذا اختار أحدهما : ليس له أن يختار الآخر ^(٥) .
وجملة هذا أن الكفيل ليس له أن يطالب المكفول عنه ^(٦) بالمال قبل أن
يؤدي عنه شيئا ^(٧) - إلا أنه إذا طوّل : طالب ^(٨) المكفول عنه بالخلاص ^(٩) .
فإن حبس : كان له أن يحبس المكفول عنه . أما إذا أدى < ف > ينظر :
إن كان كفلا ^(١٠) ، بغير أمره : فلا يرجع عندنا ، خلافا للمالك ، لأنه

(١) كذا في ا و ب و ح . وفي الإميل : « طالب » .

(٢) « فإن » من ا و ح .

(٣) « تضمين » من ا . وفي ح : « وإن اختار يضمن » .

(٤) « العبد » من ا و ح .

(٥) « وكذا في إعتاق ... يختار الآخر » ليست في ب .

(٦) « المكفول عنه » من ا و ب و ح .

(٧) « عنه شيئا » من ا و ح .

(٨) في ا و ح : « طوّل » بلال طالب هو » .

(٩) « بالخلاص » ليست في ب .

(١٠) « كفلا » من ا و ح .

تبرع بقضاء دين غيره ، وإن كفل عنه ^(١) بأمره ، وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع ^(٢) : يرجع عليه - لأن الكفالة في حق المكفول عنه استقراض ، وهو ^(٣) طلب القرض ، والكفيل ^(٤) بالأداء مقرض للمكفول عنه ونائب عنه في الأداء إلى المكفول له ، وفي حق المكفول له تملك ^(٥) ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما ^(٦) أخذه من المال ، فيرجع عليه بما أقرضه ^(٧) - حتى إن الصبي المحجور إذا أمر رجلاً بأن يكفل عنه ، فكفل ، وأدى : لا يرجع عليه ، لأن استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان ، وأما العبد المحجور : < ف > لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، لما قلنا .

ولو وهب صاحب الدين ، المال ، لأحدهما - جاز ^(٨) ، وذلك بمنزلة أداء المال . وكذا لو مات الطالب ، فورثه أحدهما ، لأن بالهبة والميراث يملك ما في ذمته ^(٩) : فإن كان الموهوب له أو الوارث هو ^(١٠) الكفيل ، فقد ^(١١)

(١) « عنه » ليست في أ و ح .

(٢) « وهو ممن ... التبرع » من أ و ب و ح .

(٣) « في حق المكفول عنه ... » وهو « من ب » .

(٤) « في ب » : « فالكفيل » .

(٥) « في أ و ح » : « يملك » .

(٦) « الباء من أ و ب و ح . وفيها : » بما أخذه من المال » .

(٧) « بما أقرضه » ليست في ب .

(٨) « في أ و ب » : « صح » . وفي ح : « يصح » .

(٩) « في أ و ب و ح » : « يملك ما في ذمة ذلك » .

(١٠) « هو » من ب .

(١١) « في ح » : « وقد » .

ملك ما في ذمته ، فيرجع على الأصيل^(١) ، كما لو ملك ذلك^(٢) - بالأداء .
وإن كان الموهوب له <أ> والوارث هو^(٣) المكفول عنه ، يرى
الكفيل ، كأنه أدى .

ولو أبرأ الطالب الأصيل ، فقد برئاهما . وإن أبرأ الكفيل ، يرى^(٤) ،
دون الأصيل ، سواء كان ذلك^(٥) بأمر المكفول عنه أو لا .

ولو قال لأحدهما : « برئت إلى من المال » - فهو إقرار بالتبض ،
بالاتفاق ، لأن هذا اللفظ يستعمل في الأداء^(٦) .

ولو قال لأحدهما : « برئت من المال » - فهو إقرار بالتبض^(٧) عند
أبي يوسف ، كأنه قال : « برئت إلى من المال »^(٨) . وعند محمد بمنزلة
قوله^(٩) : « أبرأتك من المال » .

(١) في أو ب و ح : « على صاحب الأصيل » .

(٢) « ذلك » ليست في أو ح .

(٣) « هو » من ب . وفي أو ح كذا : « وإن كان الموهوب له استوفى من الوارث وهو
المكفول عنه » .

(٤) في أ : « وإن أبرأ الكفيل يبرأ » .

(٥) « ذلك » من أو ب و ح .

(٦) « ولو قال : في الأداء » من أ و ح . وصدر هذه البارة في ب . انظر الهامش بعد التالي .

(٧) « بالتبض » ليست في أو ح .

(٨) « فهو إقرار بالتبض بالاتفاق ... عند أبي يوسف كأنه قال : برئت إلى من المال »
ساقطة من ب . وفي أ : « فأما إذا قال لأحدهما : قد برئت من المال - فهو إقرار عند أبي
يوسف كأنه قال : برئت إلى من المال » . وفي ح : « فأما إذا قال لأحدهما : قد برئت من
المال - فهو إقرار عند أبي يوسف كأنه برئت إلى من المال » . وانظر الهامش التالي . وراجع
الكشاف ٦٥ : ١١ : السطر الثاني من أسفل - ١٢ .

(٩) « بمنزلة قوله » ليست في ح . وفي أ : « وعند محمد كأنه قال : أبرأتك من المال » .
راجع الهامش السابق .

ثم التكفيل يرجع بما ضمن ، لا بما أدى ، لأنه ملك ما في ذمة الأصيل .
حتى إنه إذا كان عليه دراهم صحاح جيدة ، فأدى زيوفاً ، وتجاوز به صاحب
الدين ، فإنه يرجع بالجياذ^(١) .

وكذا لو أدى عنها من المكيل والموزون أو العروض : فإنه يرجع
بالدراهم - بخلاف الوكيل بقضاء الدين : فإنه يرجع بما أدى ، لا بما على
الغريم ، و^(٢) بخلاف الصلح إذا صالح من الألف على خمسمائة : فإنه
يرجع بخمسمائة لا بالألف ، لأنه إسقاط البعض .

ولو كفّل لرجل ، بمال ، إلى القطاف أو إلى الحصاد أو إلى^(٣) الدياس
أو إلى^(٤) النيروز أو إلى المهرجان^(٥) ، ونحوها من الآجال المجهولة : يصح ،
عندنا ، خلافاً للشافعي - بخلاف البيع إلى هذه الآجال : < ف > لا يجوز ،
بالإجماع^(٦) .

ولو كان عليه ثمن يبيع^(٧) ، أو دين حال ، فأجله إلى هذه الآجال :
يصح أيضاً - بمنزلة الكفالة .

ولا خلاف في جواز الكفالة إلى أجل معلوم من الشهر والسنة ونحوها .

(١) في أ و هـ : « يرجع عليه بالجياذ » .

(٢) « بالدراهم بخلاف الوكيل ... على الغريم و » ليست في أ و هـ .

(٣) و (٤) « إلى » من ب .

(٥) في الأصل و ت : « المهرجان جاز » .

(٦) راجع ص ٦٤ من الجزء الثاني .

(٧) « يبيع » ليست في أ و ب و هـ .

أما إذا كفّل إلى أجل مجهول لا يشبه آجال الناس ، مثل
مجيء المطر وهبوب الريح - فالأجل باطل ، والكفالة جائزة ، لأن
الكفالة وردت منجزة ، لكن الأجل باطل^(١) ، فلم يصح التأجيل ،
فتبقى الكفالة حالة^(٢) .

أما إذا علق الكفالة بشرط : < ف > فإن كان ذلك سببا لوجوب
الحق ، أو وسيلة إلى الأداء في الجملة^(٣) ، مثل أن يقول : « إذا قدم زيد أو
استحق المبيع » - فالكفالة جائزة ، لأنه^(٤) سبب للوصول إلى الأداء ،
لأن زيدا ربما يكون مضاربا^(٥) .

فأما إذا قال : « إذا جاء المطر ، أو هبت الريح ، أو دخل زيد دارنا »^(٦) ،
فإنما كفيل عندك^(٧) : « بكذا » - فإنه لا يجوز ، لأن الأموال لا يجوز
أن يمتنع وجوبها بالشروط .

ولو كان على رجل دين مؤجل^(٨) ، فكفّل به رجل^(٩) ، مطلقا -

(١) في ب : « لأن الكفالة وجدت منجزة لكن إلى أجل باطل فلا يصح التأجيل ... » .

وفي أ وح لا توجد عبارة : « والكفالة جائزة لأن الكفالة ... باطل » .

(٢) « تبقى الكفالة حالة » من ب . وفي أ : « وتبقى الكفالة حالة » . وفي الأصل :

« وبقي الكفالة » . وفي ح كذا : « ويبقى الكفالة على حاله » .

(٣) « أو وسيلة ... في الجملة » من ب .

(٤) في أ : « إذا قدم فلان استحق المبيع جازت الكفالة لأنه » .

(٥) « لأن زيدا ... مضاربا » من ب .

(٦) في أ وب وح : « الدار » . وفي أ : « أو دخل فلان الدار » .

(٧) في أ وب وح : « عندك » .

(٨) في ب : « دين مؤجلا » .

(٩) « رجل » ليست في أ وح .

فإنه يكون مؤجلاً ، لأنه التزم مثل ما على الأصيل ، فإن سمي الكفيل^(١) أجلاً زائداً عليه ، أو ناقصاً ، أو مثله - يلزمه كذلك^(٢) ، لأنه متبرع ، فيلزمه على حسب ما تبرع به^(٣) .

ولو كان المال حالاً ، فكفل إنسان مؤجلاً ، بأمر المكفول له : فإنه^(٤) يجوز ، فيكون^(٥) تأجيلاً في حقهما ، في ظاهر الرواية . وفي رواية ابن سماعة عن محمد أنه حال على الأصيل ، مؤجل في حق الكفيل^(٦) .

.

ولو كفل عن رجل لرجل والمكفول له غائب ، قبله الخبر ، فأجاز^(٧) : لا يصح ، ولا تتوقف الكفالة على قبوله - وهذا عند أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : يجوز - وهذا بناء على أن شرط العقد يتوقف في النكاح عند أبي يوسف ، خلافاً لهما : فهذا كذلك^(٨) - إلا أنهما استحسنا في المريض إذا قال عند موته لورثته : « اضمنوا ما على من الدين لفرمائي » ، وهم غيب^(٩) ، فعملوا - فهو جائز ، ويلزمهم ، نظراً للفرما .

.

(١) « الكفيل » ليست في أ و ح .

(٢) « كذلك » ليست في أ و ب و ح .

(٣) « به » ليست في أ .

(٤) في ب : « فكفل إنساناً مؤجلاً بأمر المكفول فإنه » .

(٥) في أ و ب و ح : « ويكون » .

(٦) في ح : « في حق الأصيل » .

(٧) زاد هنا في ب : « له » .

(٨) « فهذا كذلك » من أ و ب و ح .

(٩) : « وهم غيب » من ب .

ولو كفل وجلان^(١) رجلا ، بألف درهم^(٢) ، بأمره ، ولم يكفل
 كل واحد^(٣) عن صاحبه - فإن على كل واحد منهما^(٤) خمسمائة ، لاستوائهما
 في الكفالة . ولو أدى أحدهما : لا يرجع على صاحبه ، لأنه يؤدي
 عن نفسه ، لا عن صاحبه ، لكن يرجع على الأصيل بما أدى .
 ولو لقي المكفول له الكفيلين بعد ذلك ، فكفل أحدهما عن
 صاحبه - صح ، لأن الكفالة من الكفيل صحيحة ، ثم ما أدى فالتقول
 قوله : أنه أدى من < كفالة > الكفيل الآخر^(٥) أو من كفالة^(٦)
 نفسه^(٧) لأنه لزمه المال من وجهين . ولو لقي المكفول له الكفيل
 الآخر ، الذي لم يكفل ، فطلب منه أن يكفل عن صاحبه ، وكفل^(٨) -
 صح ، والجواب فيه وفيما^(٩) إذا كان في الابتداء كفل كل واحد
 من الكفيلين^(١٠) عن صاحبه - سواء ، وهو أن كل ما يؤدي^(١١)
 كل واحد منهما إلى المكفول له ، فذلك عن نفسه إلى خمسمائة . ولو قال :

-
- (١) « جلال » من اوب و - وفيها : « جلال من رجل » .
 (٢) « بألف درهم » ليست في ب .
 (٣) زاد هنا في ا و - : « منها » .
 (٤) زاد هنا في ا و - : « عن صاحبه » .
 (٥) « الآخر » ليست في اوب و - .
 (٦) « كفالة » من اوب و - .
 (٧) « عنه » ساقطة من ا و - .
 (٨) في اوب و - : « فكفل » .
 (٩) في ب : « والجواب فيه كالجواب فيها » . وفي ا و - : « والجواب فيه والجواب فيها » .
 (١٠) في ب تكرار هنا .
 (١١) في - : « وهذا ما يؤدي » . وفي ا : « وهو أن ما يؤدي » . وفي ب : « وهو
 ما يؤدي » .

« أودى عن شريكى، لا عن نفسى » - لا يقبل، ويكون^(١) عن نفسه. فأما إذا زاد على خمائة، فيرجع بالزيادة على شريكه^(٢) إن شاء، وإن شاء على المكفول عنه.

وعلى هذا - إذا اشترى رجلان من رجل عبدا بألف درهم، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، ثم حصته^(٣). وكذا الجواب فى المفاوضين^(٤) بعد فسخ الشركة إذا كان عليهما دين : لصاحبه أن يطالب به كل واحد منهما، وإذا أدى أحدهما النصف لا يرجع^(٥)، فإذا أدى زيادة^(٦) على النصف، له أن يرجع على صاحبه، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه^(٧).

. . . .

وأما الكفالة بالأهليان :

ففى أنواع ثلاثة :

أحدها - كفالة^(٨) بين هي أمانة غير واجبة^(٩) التسليم، كالوديعة،

(١) فى - « ولا يكون » - انظر المامنى التالى

(٢) « لا عن نفسى ... على شريكه » ليست فى ب .

(٣) فى ب : « منها كفيلان - حصته عن صاحبه » - وفى او - « منها عن حصته عن صاحبه » .

(٤) فى او ب و - « فى المفاوضين » .

(٥) فى او - « لا يرجع على صاحبه » .

(٦) فى او - « ولذا أدى الزيادة » .

(٧) « لأن كل ... صاحبه » من ب .

(٨) فى او ب و - « الكفالة » .

(٩) فى الأصل وغيره : « بين هو أمانة غير واجبة » وكذا فى بعد ذكر الرابن فأنقنأها .

انظر المامنى بعد التالى .

وكال^(١) المضاربة ، والشركة : وهي لا تصح أصلا .

والثاني - الكفالة بيمين هي أمانة ، ولكنها واجبة التسليم^(٢) ، كالعمارية ، والمستأجر في يد المستأجر ، وكذا العين المضمونة بغيرها ، كالبيع قبل القبض : مضمون بالثمن ، وكالرهن : مضمون بالدين - والجواب في الشكل واحد ، وهو أنه تصح الكفالة بتسليم العين ، فتي هلكت العين ، لا يجب على الكفيل قيمة العين .

والثالث - العين المضمونة بقيمتها^(٣) - كالنصوب ، والمبيع يباع فاسدا ، والمقبوض على سوم الثراء : تصح الكفالة بها ، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية ، وإذا هلكت : يجب عليه تسليم قيمتها^(٤) ، متى ثبت النصب بالينة أو الإقرار^(٥) .

. . .

ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثاني : فإنه مضمون بالتسليم ، وإنه يجب^(٦) عليه تسليم النفس ، والحضور^(٧) إلى باب القاضى ،

(١) في ا و ب : « وهال » - انظر الهامش التالى .

(٢) « كالوديعة وكال المضاربة... واجبة التسليم » ليست في ح - وفي الاصل و ا و ب : « بين هو أمانة لكن واجب التسليم » راجع الهامش قبل السابق .

(٣) في الاصل : « العين المضمون بقيمتها » - وفي ب : « العين المضمون بنفسه » . وفي ا و ح : « العين المضمون بالقيمة » .

(٤) في الاصل : « ما دام باقيا وإذا هلك يجب عليه تسليم قيمته » - وفي ا و ح : « ما دام البين قائما... (كالي الاصل) » - وفي ب : « ما دام قائما... (كالي الاصل) » .

(٥) في ب : « أو بالإقرار » - وفي ح : « بالينة والإقرار » .

(٦) في ب : « فإنه يجب » - وفي ح : « فيجب » .

(٧) في ب : « والإحضار » .

حتى يقيم المحم اليته، فتصح^(١) الكفالة به عندنا، خلافاً للشافعي، ولكن لو هلك الكفيل، لا شيء عليه^(٢) من المال المدعى به، حتى لا يؤخذ من تركته - والمسألة معروفة.

وكذا لو كفّل بنفس من عليه التزير^(٣).

أما لو كفّل بنفس من عليه حد القذف أو حد السرقة أو القصاص^(٤) - هل يجوز؟ ذكر أبو الحسن أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في^(٥) قولهم إذا بذلها المطلوب بنفسه، ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل^(٦) إذا طلب المحم؟ قال أبو حنيفة: لا يأخذ القاضي منه كفيلًا، ولكن يحبس حتى تقام عليه اليته أو يستوفى^(٧).

ثم الكفيل بالنفس يؤخذ بإحضار المكفول عنه، ما دام إحضاره ممكنًا مقدورًا. فإن صار بحال لا يقدر على إحضاره بوجه من الوجوه، بأن مات: بطلت الكفالة، ولا شيء على الكفيل^(٨)، فأما إذا كان يرجى

(١) في أ: «تصح». وفي ب: «صح». وفي ج: «صح».

(٢) في ج: «فيه».

(٣) «بنفس... التزير» من ت وفي الأصل: «... كفّل بالتزير». وفي أ و ج:

«كفّل من عليه التزير».

(٤) «بنفس... القصاص» من أ. وكذا في ب و ج: «إلا أن فيها: «القصاص».

وفي الأصل: «... كفّل بحد القذف أو بحد السرقة أو بالقصاص».

(٥) في ب: «وفي».

(٦) في أ و ب و ج: «بالكفيل».

(٧) «أو يستوفى» من أ و ب و ج.

(٨) «على الكفيل» ليست في أ و ج.

حضور المكفول عنه ، بأن غاب : فإنه يتأخر المطالبة بالإحضار عن الكفيل ، للحال ، ويؤجل إلى مدة يمكنه ^(١) الإحضار في تلك المدة ، فإن لم يحضره ^(٢) وظهرت ممانعته ، فإنه يحبس الكفيل ، فإذا ظهر للقاضي أنه لا يقدر على الإحضار ^(٣) ، بدلالة الحال ، أو شهد الشهود بذلك - فإنه يخرج من الحبس ، وينظر إلى وقت القدرة ، كما في الإحصار في حق الدين ؛ وإذا أخرجه القاضي ، فإن الغرماء يلزمونه ، ولا يحول القاضي ^(٤) بينه وبين الغرماء ، ولكن ليس للغرماء أن يمتنعوه من اشتغاله ، كما في الإفلاس سواء .

. . .

هذا إذا كفّل بالنفس مطلقا .

فأما إذا ادعى عليه ألف درهم فكفّل بنفسه ^(٥) ، وعلى أن يوافيه به ^(٦) غدا ، فإن لم يوافقه به غدا ^(٧) فعليه المال الذي ادعى ^(٨) : <فإن أقر المطلوب بالألف ، أو ثبت بالينة ، وقضى القاضي ، وكفّل على هذا

(١) في أو - : « يمكن » .

(٢) في أو ب و - : « فإن لم يحضر » .

(٣) في ب : « للقاضي تنذر عليه الإحضار » .

(٤) « القاضي » من أو ب و - .

(٥) في ب : « فكفّل به » .

(٦) « به » من أو ب و - ونيف : « على أن يوافقه » .

(٧) « به غدا » من أو ب و - .

(٨) في - : « إذا ادعى » . وفي ب : « الذي ادعاه » .

الوجه : صحت ^(١) الكفالة بالنفس ، وتصح الكفالة بالمال مطلقا بشرط ^(٢) ترك الموافاة غدا ، والكفالة بالشرط صحيحة ^(٣) - فإذا لم يوافق به غدا : يؤخذ منه المال بسبب الكفالة بالمال ، وبقيت ^(٤) الكفالة بالنفس ، لأن من حجته أن يقول : « لى ^(٥) عليه مال آخر » .

ولو قال : « كفلت بنفسي على أئى إن لم أوافق به ^(٦) غدا ^(٧) فملى الألف » ، ولم يقل « الألف الذى ادعيت » : < ف > على قول محمد : لا تصح الكفالة ، وعلى قولهما : تصح ، كأنه قال « فملى الألف الذى ^(٨) تدعى » ، لأنها هي المبهودة .

فأما إذا أنكر المطلوب المال ، ثم كفّل بنفسه « على أن يوافق به ^(٩) غدا وإن ^(١٠) لم يوافق به ^(١١) فعليه المال » - فلم يوافق به : لا يلزمه المال ^(١٢) .

(١) ق ب : « فكفل على هذا الوجه تصح » . وفي ح : « فكفل على هذا صح » . وفي ا : « فكفل على هذا صحت » .

(٢) ق ب ح : « مطلقا بشرط » .

(٣) « والكفالة ... صحيحة » من ا ب و ح . « لا أن فى ا و ح » : « صحيح » .

(٤) ق ا و ح : « وبقيت » .

(٥) « لى » ليست فى ح .

(٦) ق ا : « على أنه لو لم يوافق » . وفي ح : « على أن لو لم يوافق » .

(٧) « غدا » ليست فى ب .

(٨) ق ا و ح ب : « الذى » . وفي المصباح أن الألف مذكرة لا يجوز تأنيته . وفي هذا الموضع ق ب تكرار .

(٩) « به » من ا ب و ح . وفيها : « على أن يوافق به » .

(١٠) فى ا ب و ح : « فإن » .

(١١) « به » من ا و ح .

(١٢) « المال » من ب و . « فلم يوافق به » لا يلزمه المال « ليست فى ا و ح . وفي ا :

« فعليه المال لا يصح لأن وجوب المال » .

لأن وجوب المال لا يتعلق بالخطر ، أما الكفالة بالمال الثابت < ف > يتعلق بالخطر .

ولو كفّل بالنفس والمال^(١) ، وسماه . ثم قال : « إن وافيتك به غداً فأنا برىء منه » ، فوافاه به من الند : يبرأ من المال^(٢) في إحدى الروايتين ، وفي رواية : لا يبرأ ، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط ، وفي البراءة معنى التملك ، فلا يصح تعليقه بالشرط .

ولو كفّل بالنفس على أن يوافي به عند القاضي ، غداً . فسله إليه^(٣) في السوق : فإنه يبرأ . والأصل أنه إذا سله^(٤) في مكان يقدر على أن يحضره فيه إلى القاضي فهو كتسليمه^(٥) في مجلس القاضي . وكذا إذا سله في أطراف هذا المصر . ولو سله في قرية هذا المصر التي ليس^(٦) فيها قاض : لا يبرأ .

ولو كفّل « على أن يدفع في مصر ممين » ، فدفع^(٨) في مصر آخر : يبرأ عند أبي حنيفة ، وفي كل موضع فيه قاض ، وعندهما : لا يبرأ ما لم يسلم^(٩) في ذلك المصر بعينه^(١٠) .

(١) في ب : « وبالمال » .

(٢) « من المال » ليست في ا و ح . وفي ب : « فوافاه من الند برىء من المال » .

(٣) في ا و ح : « فلم الكفيل المكفول عنه إليه » .

(٤) في ا و ب و ح : « متى سله » .

(٥) في ب كذا : « لتسله » .

(٦) « هذا » ليست في ب .

(٧) « ليس » ليست في ا و ح .

(٨) « ممين دفع » سابقة في ب .

(٩) في ا و ح : « ما لم يسلم » . (١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب الحِوَالَةِ

الحِوَالَةُ^(١) مشروعة ، لقوله عليه السلام : « من أحيل على مليء ، فليتبمه »^(٢) .

ثم الحِوَالَةُ مبروثة عندنا - حتى يبرأ الحيل - من الدين الذي عليه ،
بالحوالة إلى المحتال عليه^(٣) . وللمحتال له أن يطالب المحتال عليه^(٤) لا غير .
وقال زفر : لا يبرأ ، وله أن يطالبها ، كما في الكفالة^(٥) .

وكذا الكفالة ، بشرط براءة الأصل : حِوَالَةُ أَيْضًا ، عندنا - لا غيرها
حوالة معنى .

ثم ليس للمحتال له أن يرجع على الحيل إلا إذا توى ما على المحتال عليه -
وذلك بطريقتين عند أبي حنيفة : بأن يموت المحتال عليه مقلسا ، أو يحدد
المحتال عليه الحِوَالَةَ ويحلف . وعندهما : بهذين الطريقتين ، وبطريق ثالث .

(١) في أو - : « قال رحمه الله : الحِوَالَةُ ... » .

(٢) في أو ب و - : « فليتبم » .

(٣) في ب : « لل المحتال عليه » . انظر المامق التالي .

(٤) في ب و - : « المحتال عليه » . راجع المامق السابق .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٤٠٠ وما بعدها .

وهو أن يقضي القاضي بإفلاسه^(١) في حال الحياة ، لأن القضاء بالإفلاس صحيح عندهما في حالة الحياة ، وعند أبي حنيفة : لا يصح .
وعلى قول الشافعي : لا يعود الدين إلى المحيل^(٢) أبداً - والمسألة معروفة .

ثم الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة

أما المطلقة - < ف > أن يحيل صاحب الدين على رجل ، له مال عليه أو لم يكن ، وقبل ذلك الرجل .

< ف > إن لم يكن عليه مال : يجب عليه أن يؤدي .

وإن كان عليه مال ، ولم يقيد الحوالة به ، بأن^(٣) لم يقل : « أحيله عليك بمالي عليك » أو « على أن تسطيه مما عليك » - وقبل المحتال عليه^(٤) : فعليه أداء الألفين : ألف إلى المحيل ، وألف إلى المحتال له ، وللمحيل^(٥) أن يطالبه بذلك الألف ، لأنه لم يتقيد^(٦) الحوالة به^(٧) ، كما إذا كان عند رجل ألف درهم وديعة ، فأحال غريمه عليه بألف درهم ، ولم يقيده^(٨) بالألف الوديعة ، فقبله : له أن يأخذ الوديعة ، وعلى المحتال عليه أداء الألف بالحوالة .

(١) في أ و ح : « يتفليس » .

(٢) في أ و ح : « إلى ذمة المحيل » .

(٣) في ب : « فإن » .

(٤) في أ و ح : « المحتال » . وفي ب : « المحتال عليه » .

(٥) في أ : « الألفين للذي والألف للمحتال له والمحيل » .

(٦) في ب : « لم يقيد » .

(٧) « هـ » من أ و ح . والمقصود : « بالدين » . راجع الكشاف ١ : ١٧٦ - ٢ .

(٨) الماء من ب . وفي أ و ح : « ولم يقبل بالألف » .

فأما إذا قيد الأداء بالمال^(١) الذى عليه : < ف > ليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه ، لأنه تعلق به^(٢) حق المحتال له ، فإذا أدى : تقع المقاصة بينهما .

ثم في الحوالة المطلقة^(٣) - إذا لم يكن على المحتال عليه دين ، فأدى^(٤) إلى المحتال له ، أو وهب له ، المحتال له^(٥) ، أو تصدق عليه ، أو ورث من المحتال له ، أو أدى المحتال عليه ذنانير أو عروضاً^(٦) بدل الدراهم : فإنه يرجع على المحيل بالمال ، بمنزلة الكفيل ، على ما مر . وإن أبرأه عن الدين ، وقبل منه ، ولم يرد الإبراء - فإنه يبرأ ، ولا يرجع على المحيل بشئ ، كما فى^(٧) الكفالة .

هذا إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ، فإنه كانت بغير أمره ، فأدى^(٨) المحتال عليه : فإنه لا يرجع ، وإن كان عليه دين : فهو بحاله^(٩) .

(١) فى ١ : « فأما إذا أدى المال الذى ... » . وكذا فى « ماعدا » إذا « والمصحح ما فى المتن . وفى ب كذا : « فأما إذا اقتدا الاداء بالمال » .

(٢) « ب » « ليست فى » .

(٣) فى ب تكرار هنا ،

(٤) فى ا و « : « فأدى » .

(٥) فى ا و ب : « المحتال » .

(٦) « ذنانير أو عروضاً » من ا و ب و « . وفى الأصل : « ديناراً وعرضاً » .

(٧) « الدين وقبل منه » . كما فى « ساقطة من ا و » . ففيها : « على ما مر ولن أبرأ عن الكفالة » .

(٨) فى ب : « فإن كان بغيره فأدى » .

(٩) زاد فى ب : « وأما تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب الصلح

الصلح^(١) مشروع بالكتاب ، والسنة ، والاجماع .
أما الكتاب - فقوله تعالى : « وإن امرأة خافت من بعلها نشووزاً أو
إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً ، والصلح خير »^(٢) .
وأما السنة - فإ^(٣) روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « والصلح جائز
بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً »^(٤) .
وعليه الاجماع .

(١) في ا و ح : « قال رحمه الله : الصلح » . وفي ت : « قال الشيخ الإمام رحمه الله :
مشروع » . و « الصلح » ليست في ب .
(٢) سورة النساء : ٣٨ - وهكذا ورد في ا و ب . أما في الأصل فقد اكتفى بقوله
تعالى : « والصلح خير » . وأما في ح فقد ورد : « ولئن امرأة ... صلحا » ولم يرد فيها :
« والصلح خير » . وانظر المامق بعد التالي .
(٣) اتفاق من ب .

(٤) في ب : « ... جائز فلا صلح حل حراماً ... » . وفي ا : « وأما السنة > فـ < قوله
صلى الله عليه وسلم : كل صلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً » . وأما في ح -
فنبذة « وأما السنة ... » قال « ساقطة منها قتيها : « والصلح بين المسلمين جائز إلا أحل
حراماً أو حرم حلالاً » . فساقط من ح : « الصلح خير وأما السنة فإ روى عن النبي عليه السلام
أنه قال » . راجع المامق قبل السابق .

ثم الصلح أنواع^(١) ثلاثة :

أحدها - الصلح عن إقرار المدعى عليه : وهو جائز ، بالإجماع .

والثاني - الصلح عن^(٢) إنكاره^(٣) : وهو جائز ، عندنا . وقال ابن أبي

ليلى : لا يجوز ، وهو قول الشافعى .

والثالث - الصلح عن سكوت المدعى عليه : وهو جائز أيضاً ،

عندنا ، وهو قول ابن أبي ليلى . وقال الشافعى : لا يجوز - والمسألة معروفة .

.

ثم لا يخلو : إما إن كان الصلح بين المدعى و^(٤) المدعى عليه ، أو

بين المدعى و^(٥) الأجنبي^(٦) .

أما الأول

فلا يخلو : إما أن تكون^(٧) الدعوى في العين القائمة^(٨) أو في الدين ،

ولا يخلو : إما إن كان الصلح عن إنكار أو عن إقرار .

أما إذا كانت^(٩) الدعوى في الأعيان القائمة ، والصلح عن إقرار :

(١) في أ و ح : « في الأصل أنواع » .

(٢) في ح : « على » .

(٣) كذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « إنكار » .

(٤) و (٥) زاد هنا في ب : « بين » قريبا : « بين المدعى عليه أو بين المدعى وبين الأجنبي » .

(٦) في أ : « الأجنبي المتوسط » .

(٧) « الصلح بين المدعى ... إما أن تكون » ليست في ح . وفي ب : « إما إن وقع » .

(٨) في الأصل و أ و ب و ح : « في العين القائمة » .

(٩) في الأصل و أ و ب و ح : « كال » . راجع الحامش السابق .

فإن هذا الصلح في معنى البيع، من الجانبين، فما يجوز في البيع يجوز في الصلح، وما لا فلا. فإن كان المدعى به عروضاً أو عقاراً أو حيواناً من المبيد والدواب: يجوز الصلح إذا كان بدل الصلح عيناً قائماً معينا مملوكاً له^(١)، سواء كان كيلياً أو وزنياً أو غير ذلك من الحيوان والعروض. أما إذا كان ديناً - <ف> إن كان شيئاً من المكيل والموزون معلوم القدر^(٢) والصفة: يجوز^(٣)، كما في البيع، لأن هذه الأشياء تصلح ثمناً^(٤): عيناً كان أو ديناً.

وإن كان البدل ثاباً موصوفة في الذمة: لا يجوز، ما لم يوجد فيه جميع شرائط السلم، بخلاف الكيل والوزن^(٥): فإنه يثبت ديناً في الذمة مطلقاً في المعاوضة المطلقة، فيصلح ثمناً من غير أجل. وإن كان البدل حيواناً موصوفاً في الذمة^(٦): لا يجوز، لأنه لا^(٧) يصير ديناً في مقابلة مال بمال، فلا يصلح ثمناً^(٨).

(١) «له» ليست في ب.

(٢) في ا و ب و ح: «من الحيوان والعروض أو كان ديناً من الكيل والوزن معلوم القدر».

(٣) «يجوز» ليست في ا و ب و ح. راجع الهامش السابق.

(٤) «ثمناً» ساقطة من ح.

(٥) «والوزن» من ا و ب و ح.

(٦) في ا و ح: «موصوفاً في القيمة مطلقاً في المعاوضة (في ح كذا: في القفاضة)».

(٧) «لا» من ا و ب. وفي الكاساني (٦: ٤٣: ٢): «لأ الحيوان لأنه

يثبت ديناً في القيمة بدلاً مما هو مال أصلاً» - ولعل الصواب: «لا يثبت».

(٨) في ب: «ولا يصلح ثمناً». وقد زاد في الأصل هنا: «وإن كان في القيمة لا يجوز،

لأنه يصير ديناً في مقابلة مال بمال، فلا يصلح ثمناً»، وظاهر أنه تكرار لما سبق.

وبين أن العلم عن إنكار :

فكذلك الجواب في جانب المدعى .

فأما في جانب المدعى عليه : فهو إسقاط ، وبدل عما ليس بمال .

• • •

وعلى هذا - يثبت حق الشفعة ، في الجانبين ، في الصلح عن إقرار ، حتى إن
البذل إذا كان داراً والمدعى به داراً : يثبت للشفيع الشفعة في الدارين ^(١)
وفي الصلح ^(٢) عن إنكار ، والمسألة بحالها : يثبت للشفيع الشفعة في
الدار التي هي بدل الصلح ^(٣) ، دون الدار التي هي مدعى بها ، لما قلنا .
وكذا حق الرد بالعيب ، وحكم الاستحقاق : على هذا - في الصلح
عن إقرار : يثبت ^(٤) من الجانبين ، وفي الصلح عن إنكار : يثبت ^(٥) في
جانب المدعى لا غير .

• • •

أما إذا كان المدعى به ذهاباً أو ^(٦) فضة :

فإن كان البذل غير الذهب والفضة : فإنه يجوز الصلح ، كيفما كان .
وإن كان ^(٧) البذل ذهاباً أو ^(٨) فضة :

(١) « حتى إن ... في الدارين » من أ ب و ح .

(٢) في أ ب و ح : « ولأن كان الصلح » .

(٣) في ب : « الشفعة في بدل الصلح » - ليس فيها : « الدار التي هي » .

(٤) و (٥) كذا في أ ب و ح : « يثبت » . وفي الأصل : « ثبت » .

(٦) الممزة من ح - انظر الهامش بعد التالي .

(٧) « ولأن كان » ليست في أ و ح .

(٨) الممزة من ب و ح - راجع الهامش قبل السابق .

فإن كان الصلح عن إقرار ، والبذل من جنس المدعى به : < ف > لا يصح ^(١) ، إلا سواء بسواء ، ويشترط التقابض .
وإن كان بخلاف جنسه ، كالذهب مع القضة : يجوز مع التفاضل ، ولكن يشترط القبض في المجلس ، لأن هذا صرف ، فيشترط فيه شرائط الصرف ^(٢) .

وكذلك الجواب في الصلح ، عن إنكار ، في حق المدعى .

هذا كله ^(٣) إذا كان المدعى به حينا - فأما إذا كان دينا :

فإن كان دراهم أو دنانير ^(٤) . وبذل الصلح عين مال معلوم من غير ^(٥) الكيل والوزن ^(٦) : فإنه يجوز . ويكون ذلك بمنزلة بيع العين بالدين إن كان عن إقرار . وإن كان عن إنكار : ففي ^(٧) حق المدعى كذلك ، إلا أنه إذا كان البذل من الذهب والقضة التي تتمين ، كالتمر والأواني منها : يكون صرفا . فيشترط التساوى والتقابض في الجنس ، والتقابض ، في خلاف الجنس ، دون التساوى ^(٨) .

(١) في ح : « لا يصلح » .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٣٩ وما بعدها .

(٣) « كله » من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « بأن كان دراهم ودنانير » .

(٥) عين مال ... غير « من ا و ح » وفي الأصل تشويش فقيه : « وبذل الصلح غير مال

معلوم من العين الكيل .. الخ » . انظر الهامش التالي .

(٦) « من غير الكيل والوزن » ليست في ب . راجع الهامش السابق .

(٧) « قى » من ا و ب و ح . وفي الأصل : « قى » .

(٨) « إلا أنه ... التساوى » من ا و ب و ح .

وإن كان البدل من الدراهم والدنانير - < ف > إن كان من جنسه ،
كما إذا كان عليه ألف درهم جيدة ، فصالح من ذلك على ألف درهم جيدة
أو رديئة : جاز ، و ^(١) يكون هذا استيفاء عين ^(٢) حقه وإبراء عن صفته ^(٣) .
وإن صالح على خمسمائة جيدة أو رديئة : جاز ، و ^(٤) يكون استيفاء
للبيض وإبراء عن البيض ^(٥) .

وإن صالح على ألف درهم ^(٦) : لا يجوز ، لأنه لا يمكن أن يحمل ^(٧)
استيفاء ، فيجعل صرفاً ، والتساوى شرط لصحة الصرف عند اتحاد الجنس .
وأصل هذا أن الصالح متى وقع على جنس ما هو المستحق بمقدار المدانية ،
يجعل استيفاء ، وإن لم يمكن أن يحمل استيفاء ، يكون صرفاً ، فيشترط
فيه شرائط الصرف ^(٨) .

وعلى هذا - إذا صالح من ألف درهم رديئة ^(٩) ، على خمسمائة جيدة :
لا يجوز ، لأن مستحق الرديئة لا يستحق الجيد ، فلا يمكن أن يحمل
استيفاء ، فيكون صرفاً ، ويسع ألف درهم رديئة ^(١٠) بخمسمائة جيدة :
لا يجوز ، لأنه ربا ^(١١) .

(١) « جاز و » من ب .

(٢) « عين » من ب . وفي الأصل : « غير » . وفي أ و ح : « عن » .

(٣) « وإبراء عن صفته » من أ و ح . وفي ب : « وإبراء عن الصفة »

(٤) « جاز و » من ب .

(٥) « في ب كذا : » « وإبراء عن البيض » .

(٦) « في ب : » « ودراهم » .

(٧) « أن يحمل » ليست في الحقيقة : « لا يمكن استيفاء » .

(٨) راجع فيما تقدم من ٣٣ وما بعدها .

(٩) و (١٠) « في ب : » « رديئة » .

(١١) راجع فيما تقدم من ٣٩ وما بعدها .

ولو صالح من ألف سود ، على ألف بيض ، وسلمها في المجلس : جاز ،
لأنه ليس باستيفاء ، وهو صرف ^(١) ، فإذا وجد التقابض وهما في مجلس
واحد ^(٢) : جاز ^(٣) ، لأن الجودة لقيمة لها ^(٤) ، عند مقابلتها بنفسها .
وإن افترقا : بطل .

ولو صالح عن ألف ^(٥) بيض ، على خمسمائة سود : جاز ، ويكون
هذا ^(٦) خطأ عن القدر والصفة ، و ^(٧) استيفاء لبعض الأصل .

ولو صالح من الدين الحال على المؤجل ، وهما في القدر سواء : جاز ،
ويكون هذا تأجيلاً للدين . ولو كان على المكس : يجوز أيضاً ^(٨) ،
ويكون استيفاء ، ويصير الآخر تاركاً حقه ، وهو الاجل .

ولو كان الدين مؤجلاً ، وصالح على بعضه ممجلاً : لا يجوز ، لأن
صاحب الدين المؤجل لا يستحق المعجل ، فلا يمكن أن يجعل استيفاء ،
فصار عوضاً ، وسيع خمسمائة بألف لا يجوز .

ولو كان البدل بخلاف جنسه ، بأن صالح من الدراهم على الدنانير :

(١) في ب : « لأنه صرف وليس باستيفاء » .

(٢) في ا و ب و هـ : « وهما من جنس واحد » .

(٣) « جاز » ليست في ب .

(٤) « لها » ليست في هـ .

(٥) « ألف » ساقطة من هـ .

(٦) « هذا » ليست في ا و ب و هـ .

(٧) « و » ليست في ا و هـ .

(٨) « أيضاً » ليست في ا و ب و هـ .

< ف > إن^(١) وجد التقابض يجوز ، وإلا فلا ، لأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء ، لاختلاف الجنس ، فيصير صرفاً ، فيشترط^(٢) شرائط الصرف . وكذا في سائر الوزنيات إذا كانت موصوفة في الذمة ، لأنه افترق عن دين بدين^(٣) .

وعلى هذا إذا كان الدين^(٤) كيلياً ، فصالح على جنسه ، أو على خلاف جنسه ، على الفصول التي ذكرنا من غير تفاوت .

وأما إذا كان بدل الصلح المنافع - بأن كان على رجل عشرة دراهم ، فصالح من ذلك على منفعة الدار سنة أو ركوب الدابة^(٥) سنة^(٦) ونحو ذلك : فإنه يجوز ، ويكون إجارة إن كان الصلح عن إقرار من الجانبين . وإن كان عن إنكار من جانب المدعى : فكل حكم عرف في الإجارة ، فهو الحكم هنا : في^(٧) موت الماعدين ، وهلاك المستأجر ، والاستحقاق من غير تفاوت^(٨) ، وقد ذكرنا في الإجارة - إلا أن في الصلح عن إقرار يرجع إلى المدعى به ، وفي الصلح عن إنكار يرجع إلى أصل الدعوى .

(١) في ب : « ولأن » . وفي ا : « من الدراهم والدنانير : لذ » .

(٢) زاد في ا وب و ح هـ : « فيه » .

(٣) « وكذا في سائر ... دين بدين » من ا وب و ح .

(٤) « الدين » من ا و ح .

(٥) هكذا في ا وب و ح . وفي الأصل : « الدار » .

(٦) « سنة » ليست في ب .

(٧) هكذا في ا وب و ح . وفي الأصل : « من » .

(٨) في ا و ح : « فضل تفاوت » .

وإن كان الدين^(١) المدعى به حيواناً - بأن وجب في الذمة عن قتل الخنثأ ، أو في المهر وبدل الخلع^(٢) ، فصالح على دراهم في الذمة ، واقرقا من غير قبض : جاز ، وإن كان هذا ديناً بدين ، لأن هذا ليس بمعاوضة ، بل استيفاء عين^(٣) حقه ، لأن الحيوان الذي وجب في الذمة لم يكن وجوبه لازماً ، حتى إن من عليه إذا جاء بقيمته : يجبر من له^(٤) على القبول - بخلاف سائر الديون .

. . .

هذا الذي ذكرنا إذا كان المدعى به مالاً - فأما إذا كان مقوقراً ليست مالاً ، فصالح منها على بدل هو مال : فهذا على ضريين : ضرب يجوز ، وضرب لا يجوز .

أما الضرب الذي يجوز - < فـ > نحو الصالح عن موجب العمد في النفس وما^(٥) دون النفس على أي بدل كان ، ديناً كان أو عيناً^(٦) ، أقل من الدية^(٧) وأرض الجنابة أو أكثر ، لأن هذا بدل القصاص ، لا بدل الدية -

(١) « الدين » ليست في ب .

(٢) في ب : « وفي المهر وبدل الخلع » .

(٣) « عين » ليست في ب . وفي ح كذا : « بلا استيفاء عين » .

(٤) « من له » ليست في أ .

(٥) في ب : « وفيها » .

(٦) « أي ... عيناً » من أ و ب و ح . وفي الأصل : « وما دون النفس على بدل أقل » .

(٧) في ب : « أرض الدية » .

إلا أن البدل إذا كان ديناً لا بد من قبض في المجلس ، حتى لا يكون افتراقاً عن دين بدين . وبمثله ^(١) لو كان الصلح في قتل الخطأ وجراح الخطأ ، فيما ذكرنا من جواز الصلح واشتراط القبض في الدين ، إلا أن الفرق بين الممد والخطأ أن في الممد الصلح ^(٢) على أكثر من الدية والأرض جائز ، وفي الخطأ على أكثر من الدية والأرض ^(٣) لا يجوز ، لأن ههنا ^(٤) الأرض والدية مقدوران شرعاً ، والزيادة عليه ^(٥) ربا ، فلا يجوز ^(٦) ، فهو الفرق ^(٧) و ^(٨) .

ثم ينظر : إن كان البدل مما يصلح مهراً في النكاح ، وتصح تسميته :

(١) في ب : « ومثله » . وفي ا : « فكذا » . وفي ح : « وكذا » .

(٢) « فيها ذكره ... الممد الصلح » من ا و ب و ح .

(٣) « جائز ... والأرض » من ب .

(٤) « ههنا » من ب . وفي ا و ح : « هذا » .

(٥) في ا و ب و ح : « مقدرة شرعاً فالزيادة عليه » .

(٦) في ا و ح : « فلا يجوز ذلك بدلاً من القصاص » . وانظر الهامش بعد التالي .

(٧) في ا و ب و ح : « فهو (في ب : وهو) الفرق في الصلح عن الممد والخطأ جميعاً » .

(٨) في الكاساني (٥ : ٤٩٦) : « وسواء كان البدل قدر الدية أو أقل أو أكثر لقوله

نماي : « فمن عني له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » - قوله عز وجل « فمن عني له » أي أعطى له : كذا روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وقوله عز شأنه : « فاتباع بالمعروف » أي فليتبع مصدر بمعنى الأمر ، فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شيء ، واسم الشيء يتناول القليل والكثير ، فذلك الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير ، وهذا بخلاف التتل الخطأ وشبه الممد : أنه إذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز - والفرق أن بدل الصلح في باب الخطأ وشبه الممد عوض عن الدية وإنها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه ، فالزيادة على المقدر تكون ربا ، فأما بدل الصلح عن القصاص فمؤوض عن القصاص ، والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر ، فلا يشقق الربا - فهو الفرق » .

يجب ذلك . وإن كان مما لا يصلح مهراً ولا تصح تسميته ، ويجب في ذلك مهر المثل : تجب ههنا دية النفس في القتل ، وأرث الجناية فيما دون النفس ^(١) إلا في فصل واحد ^(٢) وهو أنه إذا صالح على خمر أو خنزير في العمد ^(٣) - فإن كان ^(٤) في النكاح : يجب مهر المثل ، وههنا : يسقط القصاص ، ولا يجب شيء ، ويكون ذلك عفواً منه .

وما عرفت من الجواب في الصالح عن دم العمد ، فهو الجواب في الخلع ، والمتق على مال ، والكتابة ، فيما ذكرنا .

. . .

وأما الضرب الثاني - فأنواع كثيرة :

منها - أن ^(٥) المشتري إذا صالح مع الشفيع عن حق الشفعة على مال ^(٦) مملوم : لا يجوز .

ومنها - أن الكفيل بالنفس إذا صالح ^(٧) المكفول له ، بمال مملوم على أن يبرأ ^(٨) من الكفالة : فالصالح باطل ، والكفالة لازمة .

(١) « في القتل وأرث الجناية فيما دون النفس » ليست في الواح .

(٢) « واحد » من الواح .

(٣) « في العمد » من الواح .

(٤) « كان » من الواح .

(٥) « أن » من الواح .

(٦) في الواح : « بدل » . وانظر الهامش التالي .

(٧) « مع الشفيع ... إذا صالح » ساقطة من ب .

(٨) في ب : « على أن يبرأ » . وفي الواح : « على تبرئة » .

ولو^(١) كان لرجل ظلة على طريق نافذة أو كنيف^(٢) شارع ،
فخصمه رجل فيه و^(٣) أراد طرحه ، فصالحه على^(٤) دراهم : فالصلح باطل ،
لأن هذا حق لجماعة المسلمين ، ولم يكن له حق معتبر^(٥) ، حتى يكون
إسقاطا لحقه .

ومثله^(٦) لو كان الطريق غير نافذ ، فخصمه رجل من أهل
الطريق ، فصالحه على دراهم مائة : فالصلح جائز^(٧) ، لأنه مشترك
بين جماعة محصورة ، فيكون جزء منه ملكا لهذا الواحد^(٨) ، فيكون
صالحا عن حقه ، وفيه فائدة لاحتمال أن يصلح البقية - بخلاف الأول ،
لأنه لا يتصور الصلح من^(٩) جميع الناس .

ولو ادعى رجل^(١٠) على رجل مائة درهم ، فأنكرها المدعى عليه ،

(١) ابتداء من « ولو كان لرجل .. » حتى « والمدعى به لا يسقط » في ص ٤٤ . تأخرت
في الأصل فباعت في آخر الباب الآتي : « باب آخر من الصلح » ولذا فقد كتب في هامش
الأصل أمام أول تلك البقرة : « زائد لل الزارعة » أي لل آخر الصلح والحقيقة أنه زائد في
هذا الموضع الذي جاء فيه ولكنه ناقص من موضع سابق هو هذا الموضع الذي نقناه إليه كما في
ا و ب و - . (انظر فيما بعد الفهامش ص ٣٤٤) .

(٢) الكنيف الحظيرة . وفي : « نافذ أو كنف » . وفي - : « نافذ و كنف » . وفي ب :

« أو على كنف » .

(٣) في ب : « إذا » .

(٤) في ب : « عن » .

(٥) هكذا في ا و ب و - . وفي الأصل : « مدين » .

(٦) في ب : « ومثله » .

(٧) « جائز » ساقطة من ا .

(٨) في ا و - : « الرجل » . وفي ب : « ملك هذا الواحد » .

(٩) في ب : « عن » .

(١٠) « رجل » من ب و - .

فصلح المدعى على أنه «إن حلف المدعى عليه، فهو برى»، فحلف المدعى عليه: «ما لهذا المدعى قليل ولا كثير»: فإن الصلح باطل، والمدعى على دعواه، فإن أقام بيته: أخذه بها، وإن لم يكن له بيته وأراد استخلافه: له ذلك^(١) - وإنما بطل ذلك، لأنه إبراء معلق بالشرط، وهو فاسد، لأن فيه معنى التملك^(٢). وأما الاستخلاف فهو على وجهين: إن حلف في غير مجلس القاضى: فله أن يحلفه ثانياً، لأن الحلف في غير مجلس القاضى لا عبرة به، فيحلفه ثانياً. وأما إذا حلف في مجلس القاضى^(٣): <ف> لا يحلفه ثانياً، لأن حق المدعى في الحلف صار مستوفى مرة، فلا يجب عليه الإيفاء ثانياً^(٤).

ولو اصطالح على أنه يحلف المدعى، فتنى حلف^(٥) فالدعوى لازمة للمدعى عليه. - فحلف المدعى على ذلك: فإن الصلح باطل^(٦)، ولا يلزم المدعى عليه شيء بهذا، لأن هذا إيجاب المال بشرط، وهو^(٧) فاسد.

(١) زاد هنا في ١ و ٢: «لأن فيه معنى التملك» - انظر الهامش التالى. وزاد هنا في ب: «عند غير هذا القاضى الذى حلف. لأن الحلف لا يتكرر عند القاضى، في مال واحد» راجع الهامش التالى والهامش ٤.

(٢) «لأن فيه معنى التملك» ليست في ب. وفي ١ و ٢ وردت هذه العبارة من قبل بعد قوله «وأراد استخلافه ذلك». راجع الهامش السابق.

(٣) «في مجلس القاضى» ليست في ٢.

(٤) «وأما الاستخلاف فهو على وجهين... فلا يجب عليه الإيفاء ثانياً» ليست في ب.

راجع فيها عدم الهامش ١.

(٥) «فتن حلف» ساقطة من ٢. وفي ١: «يحلف المدعى لأن حلف».

(٦) في ١ و ٢: «فحلف المدعى على ذلك باطل، لأن الصلح باطل».

(٧) في ١ و ٢: «بشرط هو».

ولو ادعى على امرأة نكاحها^(١)، فصالحها ، على مائة درهم ، على أن
تقر له بالنكاح : فهو^(٢) جاز ، وتكون المائة زيادة في مهرها ، لأن
إقرارها بالنكاح محمول^(٣) على الصحة .

وكذا لو قال لها^(٤) : « أعطيتك »^(٥) مائة درهم ، على أن تكوني^(٦)
امراتي . - فهو جاز إذا قبلت^(٧) ذلك بمحضر من الشهود ، ويكون هذا
كناية عن النكاح ابتداء .

وكذا لو قال : « تزوجتك أمس على ألف درهم »^(٨) ، فقالت : « لا ،
فقال : « أزيدك مائة على أن تقر لي بالنكاح » ، فأقرت : كان لها ألف
ومائة ، والنكاح جاز ، ويحمل إقرارها على الصحة .

وكذا لو ادعى على رجل مجهول النسب أنه عبده ، فأنكر وقال :
« إني حر الأصل » ، فصالح المدعى عليه ، مع المدعى ، على بدل معلوم :
« جاز - حتى لو أقام المدعى اليانة بمد ذلك : لا تقبل ، ويصير ذلك

(١) « نكاحها » من « . وفي : « نكاحاً » .

(٢) « فهو » من « او . وفي ب : « بالنكاح : جاز » .

(٣) هكذا في « او ب و ح . وفي الأصل : « محمول » .

(٤) « لها » من « او ح .

(٥) هكذا في « او ب و ح . والنكاح في (٦ : ٥١ : ٣ من أسفل) وفي الأصل :

« أعطيتك » .

(٦) هكذا في « او ب و ح . وفي الأصل : « تكون » .

(٧) في « او ب و ح : « قبل » .

(٨) « درهم » من « او ح .

بمنزلة^(١) العتق يدل ، ولكن تقبل^(٢) اليئنة في حق إثبات الولاء .
ولو ادعى على رجل ألف درهم ، فأنكر ، فقال : « أقر لي بها
عليك^(٣) على أن أعطيك مائة درهم » - كان باطلا ، لأن هذا إيجاب
الآلف على نفسه بمائة درهم^(٤) .

وكذلك لو صالح القاذف مع المقدوف ، بشيء ، على أن ينفو عنه ،
ولا يخاصمه - فهو باطل^(٥) .

وكذلك لو صالح الشاهد^(٦) ، بحال ، على أن لا يشهد عليه ، أو^(٧)
أراد أن يشهد على الزاني أو^(٨) السارق أو^(٩) القاذف ، فصالحوه على مال :
فالصالح باطل^(١٠) ، ولا تقبل شهادته في هذه الحادثة ، وفي غيرها ، إلا
أن^(١١) يتوب ويسترد المال منه^(١٢) في جميع ذلك^(١٣) .

- (١) « بمنزلة » من اوب و ح .
(٢) « ب » : « لكن لا تقبل » و « لا » زائدة - راجع الكاساني (١٣ : ٥٠٠ : ٦) .
(٣) « عليك » من اوب و ح .
(٤) « في اوب و ح » : « لأن إيجاب الآلف على نفسه بمائة درهم باطل » .
(٥) انظر فيما بعد المأمش ١٠ .
(٦) « الشاهد » ليست في ب .
(٧) « في اوب و ح » : « و » .
(٨) « و (٩) في ب » : « و » .
(١٠) « وكذلك لو صالح الشاهد ... فالصالح باطل » وردت في اوب و ح قبل « وكذلك لو
صالح القاذف ... فهو باطل » راجع فيما تقدم المأمش ٥ .
(١١) « في اوب و ح » : « وفي غيرها وأن » .
(١٢) « منه » من اوب و ح .
(١٣) « في جميع ذلك » ليست في اوب و ح .

ولو ادعى رجل قبل رجل ، ودية ، أو عارية ، أو مالا مضاربة ، أو إجارة ، فقال الأئمة : « قد رددتها عليك » أو ^(١) « هلكت » ، ثم صالحه على مال : فإن الصلح باطل عند أبي يوسف ، وعند محمد : جائز ^(٢) . وهي من الخلافات .

وأما إذا كان الصلح بين المدعى والرجبى

فلا يخلو : إما إن كان بإذن المدعى عليه ، أو بغير إذنه .

أما إذا كان بإذنه :

< فإنه > يصح الصلح ، ويكون وكيل عنه في الصلح ، ويجب المال على المدعى عليه ، دون الوكيل ، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار ، لأن الوكيل في الصلح لا ترجع إليه الحقوق - وهذا إذا لم يضمن بدل الصلح عن المدعى عليه ، فأما إذا ضمن : فإنه يجب عليه ، بحكم الكفالة والضمان ، لا بحكم العقد .

فأما إذا كان بغير إذنه :

فهذا صلح الفضولى . وهو على أربعة أوجه :

فى ثلاثة منها ^(٣) : يصح الصلح ، ويجب ^(٤) المال على المصالح الفضولى ،

(١) فى ١ : د و ه .

(٢) فى ١ : « باطل عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد : جائزة » . وفى الكشاف (٦) :

٦ : « من أسئل (كما فى المتن) .

(٣) « منها » من ب و ا .

(٤) فى ا و ب و - : « ويلزم » . وفى ب : « يصح ويلزم » .

ولا يجب على المدعى عليه شيء^(١) - بأن يقول القضولى المدعى : « أصلحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على آتى ضامن لك^(٢) هذه الألف » أو « على هذه الألف »^(٣) أو قال « على ألفي^(٤) هذه أو على عبدى هذا^(٥) » : أضاف المال إلى^(٦) نفسه ، أو عين البدل فقال : « على هذه الألف أو على هذا العبد » ، وإنما كان هكذا ، لأن التبرع بإسقاط الدين ، بأن يقضى دين غيره بغير إذنه ، صحيح ، والتبرع^(٧) بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح ، والصالح عن إقرار إسقاط الدين^(٨) ، والصالح عن إنكار إسقاط للخصومة^(٩) ، فيجوز كيفما كان .

وفى فصل واحد - لا يصح ، بأن قال : « أصلحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم . أو على عبد وسط » - فإن هذا الصالح موقوف على إجازة المدعى عليه : فإن^(١٠) أجاز : يصح ، ويجب المال عليه دون المصالح ،

(١) فى ب : « على المدعى شيء » .

(٢) « لك » ليست فى ا و ح .

(٣) زاد هنا فى ا و ب و ح : « ما فصل واحد » .

(٤) فى ا و ح : « ألف » - والصحيح ما فى المتن لأن هذه من صور إضافة المال إلى نفسه .

(٥) فى ح : « أو على عبدى هذه » . وفى ا : « أو على عبدى هذه الألف » - وما فى المتن

كما فى الكاسانى (٥٥٥٢٦) .

(٦) كذا فى ا و ب و ح : « إلى » . وفى الأصل : « على » .

(٧) فى ا و ح : « بغير لذه » يصح التبرع » .

(٨) هكذا فى ب . وفى الأصل : « الدين » . وعبارة « والصالح عن إقرار إسقاط الدين »

ساقطة من ا و ح . فى ا : « عن غيره صحيح والصالح عن إنكار » . وفى ح : « عن غيره

والصالح عن إنكار » .

(٩) هكذا فى ب . وفى الأصل و ا و ح : « للخصومة » .

(١٠) التاء من ب . وفى ا و ح : « إن أجازته » .

لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التوكيل ، والحكم في التوكيل ^(١) كذلك ، وإن لم يجوز : يبطل الصلح ، لأنه لا يجب المال ، والمدعى به لا يسقط ^(٢) و ^(٣) .

. . .

وعلى هذا - اطلع من الأجنبي : على هذه القصول :

إن كان بإذن الزوج : يكون وكلا عنه ، ويجب المال على المرأة للزوج ^(٤) دون الوكيل ، لأنه معبر وسفير ، فلا يرجع إليه بالحقوق . وإن كان بغير إذنه : فإن ^(٥) وجد من القصول ضمان بدل الخلع أو قال : « خالع امرأتك على كذا درهم على أو على عدي هذا أو على هذا » ^(٦) الألف أو على هذا العبد - فإن الخلع صحيح ، ويجب المال على القصول ، وليس له أن يرجع ، لأنه متبرع .

وإن قال : « اطلع امرأتك على كذا » ، فقال : « خلعت » ^(٧) - فإنه موقوف على إجازة المرأة : فإن أجازت : صح ^(٨) الخلع ، ويجب البدل

(١) هكذا في أ و ح . وفي الأصل و ب : « الوكيل » - وزاد هنا في « : صحيح » .

(٢) في أ و ح : « والمدعى به لا يسقط حقه بمجانا » .

(٣) في هنا انتهى « كتاب الصلح » في الأصل وانتهت البارة التي خلتها من موضعها في الأصل إلى عليها الصحيح الذي تقدم (راجع فيها تقدم المامش ١ ص ٤٢٨) .

(٤) في أ و ب و ح : « والزوج » .

(٥) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بأن » .

(٦) في أ و ب و ح : « هذه » .

(٧) خالت المرأة زوجها واحتلت منه إذا انتعت منه بمالها . فإذا أجابها لئ ذلك صلحتها عليها (الترتيب) . وراجع « باب الخلع » ص ٢٩٩ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٨) في ب : « جاز » .

عليها دون الفصول . وإن لم تجز : بطل الخلع ، ولا يقع الطلاق .

وعلى هذه الفصول (١) : العفو (٢) عن دم العمد من الأجنبي .

وعلى هذه الفصول (٣) : الزيادة في الثمن (٤) من الأجنبي : إن

كان <ت> بأذنه : يكون وكيلا ، وتجب على المشتري . وإن كان <ت>

بغير إذن المشتري : فهو على الفصول (٥) التي ذكرنا (٦) .

(١) هكذا في اوب . وفي ح والاصل : « وعلى هذا الفصول » . وانظر الهامشين ٣ و ٥

(٢) « العفو » من اوب وح . وفي الكاساني (٢٢ : ٥٢ : ٦) : « وكذلك العفو والصلح »

عن دم العمد من الأجنبي : على هذه الفصول » .

(٣) هكذا في اوب . وفي ح والاصل : « وعلى هذا الفصول » . راجع الهامشين ١ و ٥ .

(٤) « في الثمن » ليست في ب .

(٥) في ح : « الفصول » . راجع الهامشين ١ و ٣ .

(٦) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

باب آخر

من

الصالح

جمع في الباب (١) مسائل متفرقة :

سما :

— أن من (٢) كان له على آخر ألف درهم، فقال للمديون (٣) : « أصلحك
على أن أحط عنك منها (٤) خمسمائة على أن تمنيني اليوم خمسمائة » -
فصاحه (٥) على ذلك : قال (٦) أبو حنيفة وعمره : إن أعطاه خمسمائة في ذلك
اليوم : يرى من الخمسمائة الأخرى ، وإن لم يعطه حتى مضى اليوم (٧) :
انتقض الصالح، وعادت الألف عليه كما كانت . وقال أبو يوسف بأنه
يبرأ من الخمسمائة، ويبقى عليه خمسمائة .

— وأجمعوا أنه إذا قال : « أصلحك عن الألف (٨) » على خمسمائة
تجلبها اليوم فإن لم تجلبها فالألف عليك - ولم يجعل اليوم : بطل الصالح،
وعليه الألف .

(١) في الأصل : « قال : جمع في الباب » . وفي « و » : « قال رحمه الله : في الباب » .

(٢) في « و » : « أن كل من » .

(٣) هكذا في ب . وفي الأصل « و » : « للمديون » .

(٤) « منها » من ب .

(٥) في ب : « وصاحه » .

(٦) في « و » : « قيل : قال » . وفي ب : « وقيل : قال » .

(٧) « اليوم » ليست في ب .

(٨) « عن الألف » ليست في « و » .

وحاصل هذا - أن عندهما : هذا ^(١) الكلام ، في موضع الإجماع ، وهو الفصل الثاني ^(٢) ، ليس تعليق ^(٣) البراءة عن خمسمائة بشرط تعجيل خمسمائة ، لأن الألف كلها معجلة بحكم عقد المدانة ، فلا ^(٤) معنى لاشتراطه وهو ثابت ، ولأن تعليق البراءة بالشرط لا يجوز ، لأنه تعليق من وجه حتى يرتد بالرد ، وهذا ^(٥) الكلام صحيح بالإجماع ، ولكنه حط وإبراء عن الخمسمائة لحال ، وتعليق فسخ البراءة بترك التعجيل في اليوم ، وتعليق الفسخ بالشرط ^(٦) جائز ^(٧) ، فإن من قال لغيره : « أيسمك ^(٨) » هذا العبد بألف درهم على أن تعجلها اليوم ، فإن لم تعجلها فلا يبيع بيتنا - > فـ < إن البيع جائز ، وجعل ترك التعجيل شرطاً في الفسخ ، فكذا هذا - وهذا المعنى موجود في فصل الخلاف ^(٩) .

وعند أبي يوسف : هذا تعليق البراءة بشرط التعجيل ، والبراءة لا يصح تعليقها بالشروط - وجه ^(١٠) قول أبي يوسف أنه صالح على عوض بشرط تعجيله ، فإذا لم يوجد الوفاء ، بالتعجيل ، لم يفسخ العقد بدون شرط

(١) و أن عندهما هذا « ليست في ب .

(٢) راجع الفقرة الأخيرة من الصفحة السابقة .

(٣) في ب : « بتعليق » .

(٤) في ح : « ولا » .

(٥) في ا و ب و ج : « فلهذا » .

(٦) بالشرط « ليست في ب .

(٧) « جائز » ليست في ح .

(٨) في ب كذا : « اسمك » .

(٩) راجع الفقرة الأولى من الصفحة السابقة . وانظر الهامش ١ من الصفحة التالية .

(١٠) « وعند أبي يوسف : هذا ... وجه » ليست في ب .

الفسخ صريحاً، ولم يوجد، فبقى الحظ صحيحاً، كما إذا قال: «بمك هذا العبد بألف على أن تسجلها اليوم»^(١). بخلاف الفصل المجمع عليه، لأن ذلك صالح على^(٢) خمسمائة للحال، وجعل ترك التسجيل شرطاً للفسخ عرفنا ذلك بالتنصيص على ذلك الشرط^(٣).

— ولو صالح على أن «يعطيه خمسمائة إلى شهر على أن يحط عنه»^(٤) خمسمائة الساعة، فإن لم يعطه إلى شهر، فعليه الألف. — فهو صحيح، لأن هذا إبراء للحال، وتعليق لفسخ^(٥) الإبراء بالشرط. وعلى هذا الكفالة: إذا أخذ منه كفيلاً بألف درهم، فصالح معه

(١) «وجه قول ... تسجلها اليوم» من أوب و... ولكن في ب كذا: «ابتك ... يسجلها اليوم». راجع في ذلك الكشاف (٦ : ٤٤ : ٧٠) «وجه قوله (قول أبي يوسف) أن شرط التسجيل ما أماده شيئاً لم يكن من قبل لأن التسجيل كان واجباً عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان للأمر على ما وصفا فكذا هذا، بخلاف ما إذا قال «فلن لم تقبل فكذا» لأن التنصيص على عدم الشرط نفى للشرط عند عدمه، فكان مفيداً. وجه قولنا أن شرط التسجيل في هذه الصورة شرط انقضاء العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف الماقل لأن الماقل يقصد بتصرفه الإفادة دون القهر والغلب والعبث ولو حل المذكور على ظاهر شرط التسجيل قلنا لأن التسجيل ثابت بدونه فيجوز ذكر شرط التسجيل ظاهراً، شرطاً لانقضاء العقد عند عدم التسجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال «فلن لم تسجل فلا صلح بيننا» ولو كان كذلك لكان الأمر على ما نص عليه، فكذا هذا، وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لاتساق العقد كما إذا باع بألف على أن يتقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلن لم يتقدم فلا يصح بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لأعلى العقد. فكذا هذا. راجع أيضاً المرقبات في الهداية، وشروحها (٧ : ٤٧ وما بعدها).

(٢) في أ و... «فلن ذلك صالح عن». راجع ص ٤٣٦.

(٣) في ب: «عرفنا بالتنصيص على الشرط». راجع فيما تقدم الهامش ١.

(٤) في ب: «منها».

(٥) هكذا في أ و ب و... وفي الأصل: «فسخ».

على أن يحط خمسمائة^(١) وشرط على الكفيل^(٢) < ذلك > إن أوفاه^(٣)
 خمسمائة إلى شهر ، فإن لم يوفه خمسمائة^(٤) إلى رأس الشهر ، فعليه الألف :
 فهو^(٥) جازر ، والألف على الكفيل إن^(٦) لم يوفه ، لما قلنا .
 ولو ضمن الكفيل الألف مطلقاً ، ثم قال : «عك حططت»^(٧) خمسمائة
 على أن توفي رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفي فالألف عليك ، فهذا
 صحيح ، وهو أوثق من الأول .
 — ولو قال لمن عليه^(٨) الألف : «متى ما أدبت إلى خمسمائة فأنت
 تبرأ عن الباقي»^(٩) — فإن هذا لا يصح ، ويبقى عليه الألف^(١٠) ، لأن
 هذا تعليق البراءة بالشرط^(١١) .

(١) في ب : «على أن يعطيه خمسمائة» .

(٢) « وشرط على الكفيل » ليست في ا و ب و ح . وفي ب تكرار هنا إذ فيها : «على
 أن يعطيه خمسمائة إلى شهر فإن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه الألف فهو صحيح لأن هذا
 إبراء للعالم ... » . وفي الكاساني (٦ : ٤٤ : ٢٩) : « وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على
 الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف » فهو جازر ،
 والألف لازمة للكفيل لأن لم يوفه » .

(٣) في ب : «إذا أوفاه» . وفي ا : «إذا أداه» . وفي ح : «إذا أدى» .

(٤) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : «إلى خمسمائة» .

(٥) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : «وهو» .

(٦) في ب : «فإن» .

(٧) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذلك : «عك حططت على» . وفي ا و ح :

« قد حططت عك » . وفي ب : « حططت عك » .

(٨) كذلك في ا و ب و ح . وفي الأصل : «ولو قال : لي عليك الألف» .

(٩) في ا و ب و ح : «متى أدبت إلى خمسمائة فأنت بريء من الباقي» .

(١٠) «الألف» ساقطة من ح .

(١١) وهو لا يجوز - راجع ص ٤٣٧ - ٤٣٨ .

— وكذلك إذا ^(١) قال : « صالحتك على أنك متى ما ^(٢) أديت إلى خمسمائة فأنت برىء من خمسمائة ^(٣) » - لا يصح ، لما قلنا .
— وكذا من قال هذه المقالة لمكاتبه : « إذا أديت إلى خمسمائة فأنت برىء من باقى الكتابة ^(٤) » ، لما قلنا .
ولو قال له ^(٥) : « إن أديت إلى خمسمائة فأنت حر » ، والبدل ألف - يصح ، وببرأ ، لأن هذا تمليق التلق ^(٦) ، وثبتت البرائة حكما .

وعنها :

المشتري إذا وجد بالمبيع عيبا ، فصلحه البائع من العيب ، على شيء دفعه إليه ^(٧) ، أو حط عنه من ثمنه شيئا : فإن كان المبيع مما ^(٨) يجوز رده على البائع ، أو كان له حق المطالبة بأرشفه دون رده : فالصالح جائز ، لأن هذا صلح ^(٩) عن حقه . وإن لم يكن له حق الرد ^(١٠) ولا أخذ

(١) في ا و ح : « لو » .

(٢) « ما » ليست في ا و ب و ح .

(٣) في ب : « الخمسمائة » .

(٤) « لا يصح لما ... باقى الكتابة » من ا و ب و ح . وعلى هامش الأصل بقايا من بعض

كلمات هذه البارة .

(٥) « له » من ا و ب و ح .

(٦) « التلق » ليست في ا و ح .

(٧) « إليه » من ا و ح .

(٨) في ب : « المبيع » . و « مما » من ا و ب و ح .

(٩) « صلح » ليست في ا و ح .

(١٠) « الرد » ليست في ح .

الأرش : لا يجوز الصلح ، لأن هذا أخذ مال ، لا بمقابلة^(١) شيء ، فلا يجوز .
وهذا إذا كان يما ، يجوز فيه التفاضل .

وأما إذا كان في بيع الربا : < ف > لا يجوز لأنه يؤدي إلى الزيادة ، وهو ربا ، فلا يجوز^(٢) .

وفي الموضع الذي جاز - إذا^(٣) زال الميب ، بأن انجلى اليأس : يبطل الصلح ، ويأخذ البائع ما أدى ، لأنه زال حقه .

ولو صالح عن^(٤) عيب قائم ، وعن كل عيب^(٥) - يجوز .

ولو لم يجد^(٦) به عيباً ، وصالح ، مع هذا ، عن كل عيب : جاز ، لوجود سبب الحق .

ولو صالح عن عيب خاص ، كالتمى ونحوه - يجوز ، لأنه لما جاز^(٧) عن كل عيب ، جاز عن الواحد^(٨) .

(١) في أ و ح : « لا يقابلة » . وفي ب : « لا بمقابلة » .

(٢) « لأنه يؤدي ... فلا يجوز » من أ وب و ح .

(٣) « إذا » من أ وب و ح . وفي الأصل : « ثم زال » . وفي ب : « وفي الموضع ... ثم إذا » .

(٤) في ب : « على » .

(٥) في أ و ح : « كل عيب قائم » .

(٦) في ب : « يجوز ولم يوجد » .

(٧) في ح : « لما عين عن » . وفي أ : « لا صالحه من » .

(٨) في ب : « عن كل عيب يجوز : جاز عن الواحد - والله أعلم » .

كتاب المزارعة^(١)

في الكتاب^(٢) فصلان : فصل في المزارعة ، وفصل في المعاملات^(٣) .
ونحتاج إلى :
تفسيرهما في عرف اللغة والشرع ،
وإلى بيان^(٤) مشروعيتهما ،
وإلى بيان أنواع المزارعة ،
وإلى بيان شرائط المزارعة : المصلحة^(٥) منها والمفسدة ،
وإلى بيان المعاني التي تجعل عذرا في فسخ المزارعة ، والامتناع منها
بعد الشروع فيها .

أما الأول - فنقول :

المزارعة عبارة عن عقد الزراعة ، يعض الخارج . وهو إجارة
الأرض ، أو العامل^(٦) . يعض الخارج .

(١) عبارة : « كتاب الزراعة » ساقطة في ب .

(٢) في أ و ب : « قال رحمه الله : في الكتاب ... » .

(٣) في أ و ب و ج : « في المأمة » . والمأمة هي المساقاة وسيأتي تعريفها في المتن قريبا .

(٤) « بيان » من أ و ب و ج .

(٥) في أ و ب : « المصلحة » .

(٦) في ب : « العامل » . وفي ج : « أو العامل » .

وأما إيجارتهما بالدراهم والدينارين في الذمة ، أو معينة ، فلا يكون عقد مزارة^(١) بل سمي^(٢) إجارة ، وقد ذكرنا في كتاب الإجارة .
وكذا المعاملة : هو إجارة العامل ، ليعمل في كرمه وأشجاره ، من السقي والحفظ ، يعض الخارج .

وأما بيان المشروعية :

فقال^(٣) أبو حنيفة : كلتاها فاسدتان غير مشروعتين^(٤) .

وقال أبو يوسف ومحمد : كلتاها مشروعتان .

وقال الشافعي : المعاملة مشروعة ، دون المزارة - وهي معروفة في الخلافات^(٥) .

وأما بيان أنواع المزارع :

ذكر في الكتاب^(٦) وقال : المزارعة أنواع أربعة . وهي كذلك في الظاهر ، لكن يفرع منها أنواع^(٧) أخر ، ومعرفة ذلك مبينة على معرفة^(٨) أصول :

(١) هكذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « المزارعة » .

(٢) في ا و ب و ح : « يسمى » .

(٣) القاء من ا و ب و ح .

(٤) في ب : « كلاهما فاسد غير مشروعتين » .

(٥) في ب : « في المختلف » .

(٦) في ا : « في كتاب المزارعة » . ولله قصد « الأصل » لحمد بن الحسن . وفي مختصر التتويدي (شرح الميداني عليه ، ٢ : ١١٠) : « وهي عندهما على أربعة أوجه » - وانظر

فيها ج ص ٤٤٦ والمقامي . منها .

(٧) « وهي ... أنواع » ساقطة من ب . وفي ا و ح : « وهي كذلك في الظاهر لكن

يفرع أخر » .

(٨) « معرفة » من ا و ب و ح .

منها - أن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة - لأنها إما إجارة الأرض ، أو العامل ، يعمض الخارج ؛ إن كان البذر من قبل ^(١) صاحب الأرض : فهو مستأجر العامل ^(٢) ليعمل له في أرضه ، بما يعطيه من العوض ، وهو بعض الخارج الذي هو ثمن ملكه وهو البذر . وإن كان البذر من العامل : فهو مستأجر الأرض ، ليزرعها ، يعمض الخارج ، الذي هو ثمن ملكه وهو البذر ^(٣) .

ومنها أيضاً - معنى الشركة بين ^(٤) المتعاقدين ، لكون الخارج مشتركاً ، بينهما ، على قدر ماسمياً في المقد .

إذا ثبت هذا فتقول :

قد جاء الشرع بجواز المزارعة يعمض الخارج إذا كان عوضاً عن منفعة ^(٥) الأرض ، أو عن منفعة العامل ، بخلاف القياس ، لحاجة الناس ، لأن الأجرة معدومة بمجولة ، فتنى كان المقد على هذا الوجه : يكون مزارعة صحيحة ، وإلا فيكون مزارعة فاسدة .

وأصل آخو - وهو أن صاحب البذر يستحق الخارج ^(٦) بسبب أنه

(١) « قبل » من ب .

(٢) هكذا في ب . وفي أ و هـ : « العامل » . وفي الأصل : « للعمل » .

(٣) « ولأن كان البذر من العامل ... وهو البذر » ساقطة من ب .

(٤) في أ و هـ : « من » .

(٥) « منفعة » ليست في أ و ب و هـ .

(٦) « الخارج » ساقطة من أ و هـ .

نماء ملكه ، لا^(١) بالاجارة ، والذي ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط ، وهو عقد المزارعة - فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب البذل المسمى ، وإذا كان فاسداً لا يستحق البذل المسمى ولكن^(٢) يجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض ، أو منفعة العامل ، لأنه لم يرض ببذل المنفعة من غير عوض . لكن عند محمد : يجب أجر المثل بالتمام ما بلغ ، وعند أبي يوسف : مقدراً بقيمة الخارج المسمى - ذكر الخلاف في كتاب الشركة - ويكون^(٣) الخارج كله لصاحب البذر^(٤) لأنه نماء ملكه . ثم إذا كان البذر من صاحب الأرض ، يكون الزرع كله له ، طيباً ، ولا يتصدق بشئ ، لأنه نماء ملكه ، وقد حصل في^(٥) أرضه . وإن كان البذر من العامل فإن الخارج ، بقدر بذره وبقدر ما غرم من^(٦) أجر مثل الأرض والمؤن ، يطيب له^(٧) ، لأنه أدى عوضه ، ويتصدق بالفضل على ذلك ، لأنه - وإن تولد من بذره - لكن في أرض^(٨) غيره ، بمقد فاسد ، فأورث^(٩) شبهة الحبث .

(١) « لا » ليست في ب .

(٢) « لا يستحق ... ولكن » من ا و ب و ح .

(٣) في ا و ب يكون .

(٤) في ا و ح : « لصاحب الأرض » .

(٥) في ا و ح : « من » .

(٦) « ما غرم من » ليست في ا و ح .

(٧) في ا و ح زاد هنا : « الخارج » .

(٨) في ا و ب : « لكن زرع أرض » . وفي ح : « ولكن زرع أرض غيره » .

(٩) هكذا في ا و ب و ح ، وفي الأصل : « فأوجب » .

وعلى هذا قالوا - في المزارعة الصحيحة : إذا لم تخرج الأرض شيئاً لا يجب على واحد منها لا أجر العمل^(١) ولا أجر الأرض ، لأن الواجب هو الخارج ، لكون^(٢) التسمية صحيحة ، فقومت^(٣) المنافع بهذا البدل ، فتي لم يوجد بقيت المنافع على الأصل ، وهي غير متقومة . وفي المزارعة الفاسدة : يجب أجر المثل وإن لم تخرج الأرض^(٤) شيئاً ، لأن المنافع تنقوم ههنا بأجر المثل ، فقوت الخارج لا يمنع من وجوبه .

. . .

إذا ثبت هذا فقول :

ذكر في الكتاب^(٥) وقال : المزارعة أنواع أربعة ، وهي في الظاهر كذلك ، ولكن يتفرع منها أنواع أخرى .
أما بيان الأربعة :

— أن يكون الأرض والبذر من رب الأرض ، والبقر والعمل وآلاته من العامل .

— أو يكون الأرض والبقر والبذر من رب الأرض ، والعمل من

العامل لا غير .

(١) في أوه : « لا أجر العامل » .

(٢) في أ : « لكن » .

(٣) في أوه : « قومت » .

(٤) « الأرض » من أوه . وفي هـ : « وإن تخرج الأرض » فليس فيها : « لم » .

(٥) راجع فيها قسم ص ٤٤٣ والمقام ص ٦ منها .

— أو تكون الأرض وحدها^(١) من صاحب الأرض، والباقي كله^(٢) من العامل .

— أو تكون الأرض والبقير من صاحب الأرض، والبذر والعمل من العامل .

في الثلاثة الأولى — المزارعة صحيحة ، لأن في الفصل^(٣) الأول صاحب الأرض مستأجر للعمل^(٤)، والبقير آلة العمل ، فيكون تباعاً له^(٥)، فلا تكون الأجرة بمقابلة البقير، كن^(٦) استأجر خياطاً ليخيط بآلته^(٧)؛ يجوز .

وفي الفصل الثاني : صاحب الأرض مستأجر للعامل أيضاً وحده .
وفي الفصل الثالث : يكون العامل مستأجراً للأرض وحدها^(٨) .
وقد ذكرنا أن استئجار الأرض وحدها ، واستئجار العامل ببعض الخارج وحده^(٩) — يكون مزارعة صحيحة ، لو ردد الحديث فيه مخالفاً للقياس .
وفي الفصل الرابع — لا يجوز ، لأنه يصير صاحب البذر، وهو العامل،

(١) « وحدها » ليست في أ و ح .

(٢) « كله » ليست في أ و ح .

(٣) « الفصل » من أ و ب و ح .

(٤) في أ و ح : « للعامل » .

(٥) « له » ليست في ب .

(٦) في ب : « فن » .

(٧) هكذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « بالآلة » .

(٨) في أ و ح : « وحده » .

(٩) في أ و ب و ح : « واستئجار العامل وحده بعض الخارج » .

مستأجراً للأرض والبقر، يعض الخارج، فيكون البعض بمقابلة^(١)
البقر مقصوداً، ولم يرد الشرع به، فبقى على أصل القياس.
وروى عن أبي يوسف في الأمالي أنها جائزة.

. . .

وأما ما يتفرع منها :

— الاستئجار بالبذر : وهو أن يدفع الرجل بذراً إلى رجل، ليزرعه
في أرضه، يقره، بنصف أو ثلث — فاللزراعة فاسدة، لما قلنا إنه يصير
مستأجراً للأرض والعامل جميعاً^(٢)، ولم يرد الشرع به^(٣).
وروى عن أبي يوسف أنها جائزة.

— ومنها : أن يشترك أربعة : من أحدهم الأرض، ومن الآخر
البذر، ومن الثالث البقر، ومن الرابع العمل — فهي فاسدة. وفي عين^(٤) هذه
الحادثة ورد الأمر بالفساد.

— ولو شرط عمل^(٥) صاحب الأرض مع العامل^(٦) : لا يجوز، لأنه

(١) في أو : « فيكون مقابلة » .

(٢) في : « مستأجر الأرض والبقر والعامل جميعاً » . وفي أ : « مستأجر الأرض
والبقر والعامل جميعاً » .

(٣) « ب » : ساقطة من « . »

(٤) « عين » من الكسائي. وفي الأصل و ا و ب و ه كذا : « غير » راجع الكسائي
١٧٩ : السطر الأسفل - ١٨٠ : « فإنه روى أن أربعة نفر اشتروا على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم » .

(٥) في أو : « ولو كان شرط العمل » . وفي ب : « ولو كان شرط عمل » .

(٦) « مع العامل » من إ و ب و ه .

لم يوجد تخليّة الأرض ، ويجب أجر المثل فيما إذا كان البذر من العامل ، ويجب أجر مثل عمل العامل إذا كان البذر من صاحب الأرض (١) .

ولو شرط عمل عبد صاحب الأرض على أن يكون الخارج أثلاثاً :

ثلاثة لصاحب الأرض ، وثلاثة لعبد ، وثلاثة للعامل - إن كان البذر من صاحب الأرض : جاز ، لأنه مستأجر للعامل ، فيكون العبد (٢) مُمِيتاً له ، ويكون نصيب العبد لصاحبه . وإن كان البذر من العامل : لا يجوز ، ويكون الخارج لصاحب البذر ، وعليه أجر مثل الأرض (٣) والعبد ، وكذا أجر البقر إن كان من صاحب الأرض أيضاً (٤) .

ولو شرط عمل رجل أجني مع العامل ، على أن الخارج يكون أثلاثاً : < > إن كان البذر من العامل : لا يجوز في حق العامل الثاني ، ويجوز فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول (٥) - فيكون (٦) الثلث لصاحب الأرض ، والثلاثان للعامل الأول ، وللعامل الثاني أجر المثل (٧) . وإن كان البذر من صاحب الأرض : جاز - ويكون الثلث له ، ولكل عامل الثلث ، لأنه يصير مستأجراً للعاملين ، وهذا جائز .

(١) « ويجب أجر مثل عمل العامل ... الأرض » من أ ب و ح .

(٢) « العبد » من أ ب و ح . وفي أ ب : « ويكون العبد » .

(٣) في ب : « وعليه مثل أجر الأرض » .

(٤) « وكذا ... أيضاً » من أ ب و ح . وفي الأصل بدلا منها : « والبقر » .

(٥) « والعامل الأول » ساقطة من أ ب و ح . و « الأول » ساقطة من ب .

(٦) في أ و ح : « ويكون » .

(٧) في أ و ح : « أجر مثل عمله » .

وأما شرائط الصنع والفساد

فمن شرائط الصنع - بيان المدة : سنة أو أكثر - وهذا جواب ظاهر الرواية .

وعن محمد بن سلمة^(١) أنه قال : هذا^(٢) في بلادهم ، لأن وقت الزراعة^(٣) متفاوت ، فيصير ابتداء الزراعة^(٤) مجهولا ، أما في بلادنا < ف > يجب أن يجوز ، لأن وقته^(٥) معلوم ، فصار كالمعاملة ، ويقع على أول زرع يخرج .

وأما في المعاملة - < ف > القياس أن يشترط بيان المدة ، وفي الاستحسان أنه^(٦) يقع على^(٧) أول ثمر يخرج^(٨) ، فإذا انتهى الثمر انتهى المقد .

فأما في الرطاب - فإذا^(٩) دفع الأرض ليزرع الرطاب ودفع بذرها ،

(١) هو أبو عبد الله محمد بن سلمة النخعي - ثقة على أبي سليمان الجوزجاني وثقه عليه أبو بكر محمد بن أحمد الإسكافي وهو شيخ أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي . ومات سنة ٢٧٨ وهو ابن سبع وثمانين سنة (الجواهر المضية ٢ : ٥٦) . راجع الحاشي ٩ ، ص ١٩٩ ، ١٥٠ .

(٢) « هذا » ساقطة من أ و ح .

(٣) و (٤) في ب : « المزارعة » .

(٥) في أ و ح : « وقتها » . وفي الكذا : « لا وقتها » .

(٦) « أنه » من أ و ح .

(٧) « على » ليست في ح .

(٨) في ب و ح : « ثمرة تخرج » . وفي أ : « ثمرة تخرج » .

(٩) تمام من أ .

أو دفع أرضاً فيها أصول رطبة نابتة ، ولم يسم المدة : < ف > إن كان شيئاً ليس لابتداء نباته ^(١) ، ولا لانتهاه جزه ، وقت معلوم : لا يجوز . فأما إذا كان وقت جزه ^(٢) معلوماً ؛ فإنه ^(٣) يجوز ، ويقع على وقت ^(٤) جزء واحدة ، كما في الشجرة المثمرة ^(٥) .

ولو ^(٦) دفع إليه نخلاً فيها طلع ^(٧) وبُسْر ^(٨) أحمر أو أصفر أو أخضر ^(٩) : فإنه يجوز ، وإن لم يبين الوقت ، لأن وقت إدراكه معلوم . ولو دفع إليه ^(١٠) البُسْر وقد ^(١١) تناهى عظمه ، لكن لم يصر ^(١٢) رطباً بعد - لا يجوز ، لأنه لم يبق للعامل عمل يحصل به الثمر ^(١٣) .

(١) في « أ » : « نباته » .

(٢) في « هـ » : « وقته معلوماً » .

(٣) « فإنه » من « أ » و « هـ » .

(٤) « وقت » من « أ » و « هـ » .

(٥) في « أ » و « هـ » : « في الشجر المثمر » . وراجع الصفحة السابقة .

(٦) في « أ » و « هـ » : « أو » . وفي « ب » : « إذا دفع إليها النخل » .

(٧) الطلع ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق . ويقال لما يبدو من الكم : طلع أيضاً . وهو شيء أبيض يشبه بلونه الإنسان ورائحته المني . وأطلع النخل خرج طله (المغرب) .

(٨) في « أ » و « ب » و « هـ » : « أو بسر » - والبُسْر الثمر إذا لون ولم ينضج (المنجد) . - أوله طلع ثم خلال ثم بلع ثم بُسْر ثم رطب ثم تمر واحدة بُسْرة وبُسْرة والجمع بُسْرات (النووي ، التهذيب) .

(٩) « أو أخضر » من « أ » و « ب » و « هـ » . وليس في « ب » : « أو أصفر » .

(١٠) « إليه » من « أ » و « هـ » .

(١١) « قد » من « أ » . وفي « ب » : « دفع والبسر قد » . وانظر الهامش التالي .

(١٢) « البسر ... لم يصر » ليست في « هـ » وموضها فيها يابض .

(١٣) في « ب » و « هـ » : « النمو » . وفي « كذا » : « الثمن » .

وكذا الجواب في دفع الزرع مزارعة^(١) : إن كان قلا لم يستحصد :
جاز ، وإن استحصد : لا يجوز ، لما قلنا .

ومنها - إذا شرط^(٢) على العامل^(٣) شرطا يبقى منفته إلى السنة الثانية ،
وقد دفع الأرض مزارعة سنة^(٤) ، كعقر الأهناء الصغار^(٥) والآبار^(٦)
ووضع المسنة^(٧) : تفسد المزارعة ، وإن كان في موضع لا يبقى : يجوز .
وعلى هذا - إذا شرط^(٨) الكراب^(٩) : لا تفسد ، لأنه لا^(١٠) يبقى
منفته في السنة الثانية^(١١) ، وإن شرط الثنيان^(١٢) : تفسد^(١٣) - <و> بعضهم
قالوا : أراد به ثنية الكراب مرتين ومرارا ، وهذا تبقى منفته في^(١٤) السنة
الثانية . ومنهم من قال : أراد به أن تثنى الكراب^(١٥) بعد انقضاء مدة^(١٦)

(١) في ا و ح ، « وكذا الجواب في جواب الزرع مزارعة » . وفي ب : « وكذا الجواب
في دفع المزارع مرة » .

(٢) « ومنها » ليست في ا و فيها : « وأما إذا شرط » .

(٣) « على العامل » من ب .

(٤) « سنة » من ا و ب و ح .

(٥) « الصغار » من ا و ب و ح .

(٦) « والآبار » ليست في ب .

(٧) المسنة حاطط يبقى في وجه الماء . ويسمى السد (المصباح) .

(٨) في ب : « شرطا » . وفي ح : « اشترط » .

(٩) كراب الأرض كرابا قلبها لحرث (المغرب) .

(١٠) « لا » ليست في ا و ح .

(١١) « الثانية » ليست في ب .

(١٢) كذا في ب . وفي الأصل : « الثنيان » . وفي ا و ح : « الثنائ » . وفي الكشاف

(١٣) ٢١١٨١ - ٣٣ : « الثنية » و « الثنيان » . وانظر فيما بعد ص ٤٥٣ قريبا : « وثنيان » .

(١٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « يغد » .

(١٥) في ب : « لل » .

(١٦) « مرتين ومرارا » . الكراب : ليست في ا و ح .

(١٧) « مدة » من ا و ب و ح .

المزارة^(١)، حتى يرد الأرض مكروبة إلى صاحبها، وهو شرط مفسد.
ثم شرط الكراب إذا لم يكن مفسداً - هل يلزم المزراع^(٢) ؟
فقول: يلزم بالشرط، لأنه سبب لزيادة الفلة، فصار كمن اشترى جارية
على أنها خبازة أو كاتبة - فيجبر^(٣) على الكراب لو امتنع.

ولو عقد المزارة مطلقاً، هل يجب الكراب على العامل ؟ وإن كان
بحال يخرج الأرض زرعاً معتاداً من غير كراب: لا يلزمه^(٤)، وإن كان
لا يخرج زرعاً معتاداً: فإنه يجبر عليه، وإن كان يخرج شيئاً قليلاً، لأنه
وجب عليه مطلق عمل الزراعة^(٥)، فيقع على أدنى عمل^(٦) معتاد، فأما
غير المعتاد من الزرع القليل: <ف> لا عبرة به.

وكذا السقي: يجب عليه إذا كان لا يخرج زرعاً، معتاداً، بماء السماء وحده.
ولو دفع على أنه: «إن زرع بكراب، فله كذا». وإن ثنى^(٧) فله
كذا. وإن زرع بغير كراب وثنيان، فكذا^(٨) - صح العقد، في
ظاهر الرواية.

(١) في أ و ح: «الزراعة».

(٢) في ب: «هل تلزم المزارة».

(٣) في أ و ح: «فإن يجبر».

(٤) في أ و ح: «لا يلزم».

(٥) في أ و ب و ح: «عمل الزراعة».

(٦) في ح و ب: «على أداء عمل».

(٧) في ب كذا: «ولن يثنى». راجع الصفحة السابقة.

(٨) في أ و ح: «وثنيان فله كذا». راجع الكاساني، ١٨١٦: ٢٧٧.

وكذا إذا قال: «إن^(١) زرع حنطة فله كذا^(٢)»، وإن زرع شعيراً فله كذا^(٣)» - فهو على هذا أيضاً^(٤).

ومنها - أن يشترط الحصاد، والدياس^(٥)، والتذرية^(٦)، والحمل إلى موضع اليدر^(٧): فهو شرط^(٨) مفسد للعقد، في ظاهر الرواية، وروى عن أبي يوسف أنه شرط صحيح - وهو قول مشايخ^(٩) خراسان.

وأما شرط الحمل، بعد القسمة، إلى منزل صاحب الأرض: فهو مفسد بالانقاق.

ومنها - التخلية بين الأرض والمزارع: شرط الصحة، وقد ذكرنا.

وأما المعاني التي تجعل عتراً للفسخ، أو تجعل عتراً في الامتناع من العمل أو من أخذ الأرض^(١٠) - فنقول:

إذا عقد عقد المزارعة، ثم أراد أحدهما الامتناع:

(١) «قال إن» من أ. هي غيرها: «وكذا إذا زرع».

(٢) و(٣) «كذا في أ و ح. وفي الأصل: «فكذا». وفي ب: «فله كذا... فكذا».

(٤) في أ و ح: «فهو صحيح أيضاً».

(٥) الدياس مثل الدرّاس (المصباح). وقد استعمل الفقهاء «الدياس» استعمال الدياسة.

(٦) الدياسة في الطعام أن يوطأ بقوائم الدواب أو يكرر عليه المدوس حتى يصير تبناً (المغرب).

(٧) والتذرية «من أ و ب و ح».

(٨) اليدر الحنطة كوما. واليدر هو الموضع التي يجمع فيه الحصيد ويداس (المتجد).

(٩) «شرط» من أ و ح. وفي أ: «فهو شرط فاسد للعقد».

(١٠) «مشايخ» سابقة من ب.

(١١) «أو حتى أخذ الأرض» من أ و ب و ح.

<ف> إن كان صاحب البذر : له ذلك ، لأنه لا يمكنه الشروع ، إلا بعد إتلاف ملكه ، وهو البذر .

وإذا لم يكن صاحب البذر : ليس له ذلك ، إلا بعد ينسخ ^(١) به المقد .
ولومات أحدهما : <ف> للآخر أن يعتصم إن كان قبل الشروع .
وبعد الشروع : ينسخ المقد ، عندنا - خلافاً للشافعي ، على التفصيل الذي نذكر ^(٢) .

والأعداء الموجبة حق الفسخ ^(٣) - في جانب صاحب الأرض هو الدين ^(٤) الذي لا وجه لقضائه إلا بشئ الأرض ، أو كونه العامل جانياً ^(٥) .
وفي جانب العامل هو المرض الذي يمجزه عن العمل ، والسفر ^(٦) ، ونحو ذلك .

ثم إذا فسخ أو ترك المقد ، وقد عمل فيها العامل من الكراب ، وكري السواقى ، ونحوها ^(٧) : فإنه لا يأخذ شيئاً من صاحب الأرض ،

(١) في ب : « ينسخ » .

(٢) انظر الصفحة التالية والتي بعدها .

(٣) في ا و ح : « الموجبة لفسخ » .

(٤) « الدين » من ا و ب و ح .

(٥) « أو كونه العامل جانياً » هذه العبارة لم ترد في الكشاف (١٨٤ : ٦ - ٣ - ٥)
وردت في ا و ح في آخر السطرين التاليين في الأعداء الموجبة لفسخ في جانب العامل ، فيها :
« أو السفر أو كونه العامل جانياً ونحو ذلك » . وانظر الهامش التالي .

(٦) هكذا في ا و ب و ح . والكشاف (١٨٤ : ٦ - ٤) . وفي الأصل كذا :
« والسقي » . ولكن في ا و ب و ح : « أو السفر » . وراجع الهامش السابق .

(٧) « ثم إذا فسخ ... السواقى ونحوها » سابقة من - . وفي ا : « ثم إذا أراد فسخ وترك المقد وقد عمل فيها العامل من الكراب وكذا السواقى ونحوها » .

لأنه لا قيمة للمنافع ، وهما قوماها بالخارج ، وقد بطل سبب الاستحقاق ،
بالفسخ - لكن هذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى : < ف > عليه
أن يرضي العامل بإعطائه عوض عمله .

ثم بيان كيفية الفسخ بموت أحد^(١) الماعدين - فنقول :

إن مات رب الأرض ، والزرع بقل^(٢) ، وقد عقد المزارعة^(٣) ثلاث
سنين^(٤) - فإنه يبقى المقعد في هذه السنة ، لهذا الزرع^(٥) ، وليس لورثة
رب الأرض أخذ الأرض ، ولكن تترك الأرض في يد المزارع حتى
يستحصده ، فإذا استحصده^(٦) قسموه على شرطهم ، وتنتقض^(٧) المزارعة ،
فيما بقي من السنين ، وإنما بقينا المقعد نظرا للجانبين شرعا .

ولومات المزارع ، والزرع بقل : < ف > إن كان ورثة المزارع
قالوا : « نحن نعمل » : < ف > ليس لصاحب الأرض أن يقلع . وتبقى
المزارعة حكما^(٨) . فأما إذا قال ورثة المزارع : « نحن لا نعمل » ، ولكن

(١) « أحد » من أ .

(٢) « والزرع بقل » من ب . وفي الكسائي (٦ : ١٨٥ : ١١) : « ونبت الزرع »

وصار بطلا .

(٣) هكذا في أ و ب و . وفي الأصل : « الزراعة » .

(٤) كذا في أ : « المزارعة مدة سنتين » .

(٥) « لهذا الزرع » من أ و ب و .

(٦) كذا في أ و ب و . وفي الأصل : « استحصده » .

(٧) في ب : « وتنتقض » . وفي - « وتنتقض » .

(٨) في أ و - « ويبقى الزرع حكما » .

تقلع الزرع، والبقل يتنا - لا يجبرون على العمل، ويقال لصاحب الأرض: « اقلع فيكون بينكم، أو ^(١) اعطهم قيمة حصتهم والزرع كله لك، أو ^(٢) أنفق على حصتهم وتكون نفقتك في حصتهم » .

فأما إذا انقضت المدة ^(٣) من غير موت المزارعين ، والزرع بطل - انتهى عقد المزارعة، ولكن الزرع مشترك بينهما ^(٤)، فيكون العمل عليهما إلى أن يستحصدا، وعلى المزارع أجر مثل ^(٥) نصف ^(٦) الأرض .

وعلى هذا في ^(٧) مدة الإجارة والعارية : إذا انقضت، والزرع بطل، فإنه يجب أجر مثل الأرض، ويترك الزرع حتى يستحصدا، نظرا لهما - بخلاف الموت: فإنه ثمة لا يجب أجر مثل الأرض ^(٨)، لأن ثمة بقينا ^(٩) المقدد حكما، ويكون العمل على العامل، لا عليهما .

وعلى هذا قالوا : إن الجمل ^(١٠) إذا مات في بعض طريق مكة ^(١١):

(١) في ب : « و » .

(٢) الممزة من ب و - .

(٣) « المدة » من ب . وفي الأصل « أو » : « السنة » .

(٤) في ب : « بينهم » .

(٥) « مثل » ليست في ب .

(٦) « نصف » من ب . وكذا في الكاساني (٦ : ١٨٤ : ٣ - ٤ من أسفل) : « وعلى

المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض » .

(٧) « في » ليست في أ و - . وفي أ : « وهذا مدة » .

(٨) « ويترك الزرع ... مثل الأرض » من أ و - . وفي ب : « ... يستحصدا نظرا أيضا

بخلاف التوب فإن ... » .

(٩) في ب : « يبقى » .

(١٠) في - : « الجمل » .

(١١) في أ و - : « في بعض الطريق » .

<ف> إن المستأجر يمضي إلى مكة بالمسمى ، لأننا بقينا العقد حكما -
كذا هذا .

وكذا إذا كان على صاحب الأرض دين فادح^(١) ، وفي الأرض
الزروع بقل : ليس له أن يبيع الأرض ، بل يبقى العقد^(٢) إلى أن
يُسْتَحْصِدَ ، لما قلنا^(٣) .

(١) « فادح » ليست في أ .

(٢) « العقد » ليست في ب .

(٣) راجع الصفحة السابقة . وزاد في ب : « والله أعلم » .

كتاب الإكراه

الإكراه^(١) نوعان :

نوع يوجب^(٢) الإلجاء والاضطرار : كالتهويل^(٣) بالقتل ، وقطع
المضو ، والضرب المبرح^(٤) المتوالى الذى يخاف منه التلف .

ونوع لا يوجب : كالتهويل بالجس ، والقيد ، والضرب اليسير .

والذى يقع عليه الإكراه ، من الفعل والترك ، إما إن كان من
الأمور الحسية^(٥) أو من الأمور الشرعية .

أما إذا وقع الإكراه على الفعل^(٦) المحسوس^(٧) :

فهو أقسام ثلاثة ، فى حق الإباحة والرخصة والحرمة .

(١) فى أ و ح : « قال ربه الله : الإكراه »

(٢) فى ب كذا : « يجب » .

(٣) فى ا كذا : « الانبعا والاضطرار لتهويل بالقتل » . وفى ح كذا : « الانبعا »

الإكراه والاضطرار كتهويل القتل » .

(٤) فى ب : « المتبرح » .

(٥) الواو من أ و ح .

(٦) فى ح كذا : « الحبسة » .

(٧) « من اللل والترك ... وقع الإكراه » ساقطة من ب .

(٨) « ال » من أ و ب و ح .

(٩) فى ح كذا : « الحبسى » .

أما الذي يمثل الإباحة - كشرب الخمر وأكل الميتة والخنزير :
فإن كان الإكراه بما^(١) يوجب الاضطراب ، وهو القتل وقطع
المضو ونحوه :

< ف > إن كان غالب^(٢) حال المكروه^(٣) أنه يقتله لو لم يشرب :
فإنه يباح له شربه وتناوله ، لأن هذا مما يباح عند الضرورة ، كما في
حال^(٤) الخمصة .

وإن كان غالب حاله أنه لا يقتله ، ولا يحقق ما^(٥) أوعدده^(٦) ، أو
كان التخويف بما^(٧) ليس فيه خوف تلف النفس ، كالحبس ، والقيود ،
والضرب اليسير : فإنه لا^(٨) يباح الإقدام^(٩) عليه^(١٠) ولا يرخس^(١٢)
حتى يأثم بالإقدام عليه . لأنه يجب تقديم حق الله تعالى على حق نفسه^(١٣) .

(١) كذا في أ و ب . وفي الأصل و هـ : « بما » .

(٢) في هـ : « غالبا » .

(٣) في أ و ب و هـ : « المكروه عليه » .

(٤) في أ : « في حالة » .

(٥) في هـ : « بما » .

(٦) في ب : « أوعدده » .

(٧) في هـ : « أو كان الوعيد بما » . وفي ب : « أو كان التوعيد بما » . وفي أ : « أو كان

الذي أوعدده ليس في وعيده خوف تلف النفس كالحبس ... » .

(٨) « لا » ليست في أ و هـ .

(٩) في ب : « لا يباح له الإقدام » .

(١٠) « عليه » ليست في أ .

(١١) « و » ليست في هـ .

(١٢) زاد هنا في أ و هـ : « أيضا » .

(١٣) في ب : « على تقديم حق نفسه » .

و^(١) في الفصل الأول : يباح - حتى لو أقدم : لا إثم عليه ^(٢) . ولو لم يقدم حتى ^(٣) هلك : يَأْتِم ، لأنه صار مهلكاً نفسه ^(٤) عن اختيار .
وأما الفصل الذي يرخص ^(٥) فيه ولا يسقط الحرمة - كما إذا أصره بالقتل ^(٦) على أن يجري كلمة الكفر على لسانه ، أو على أن يشتم محمداً صلى الله عليه وسلم ^(٧) ، أو على أن يصلي إلى ^(٨) المصليب - فإنه لا يباح له ذلك ، ولكن يرخص له الفعل . وإن امتنع حتى قتل ^(٩) : كان مثاباً ثواب الجهاد ، لأن الحرمة لم تسقط ، بخلاف الفصل الأول .

وعلى هذا - لو أكره على إتلاف مال إنسان ^(١٠) ، بما فيه خوف التلف ، وغالب ظنه أنه يفعل - فإنه يرخص ، ولا يباح ^(١١) ، لأن حرمة مال ^(١٢) الغير لا تسقط ، لحقه ^(١٣) ، ولكن ^(١٤) يرخص بالضيان ، كما في حال ^(١٥) المحضمة .

-
- (١) « و » ليست في « .
(٢) في « و » : « لا يَأْتِم عليه » .
(٣) في « و » : « ولو لم يقدم عليه حتى » .
(٤) في « و » : « نفسه » .
(٥) في « و » : « يرخص » .
(٦) في « و » : « بالقتل » .
(٧) « وسلم » من « أو ب » و « .
(٨) في « و » : « على » .
(٩) « قتل » ساقطة من « و » وفي « أو ب » و « : « ولو امتنع حتى قتل » .
(١٠) في « ب » : « مال مسلم » .
(١١) في « و » : « ولا يباح له » .
(١٢) في « كذا » : « حرمة إلى » .
(١٣) في « ب » : « لا يسقط حقه » .
(١٤) في « و » : « ولا يرخص » . وفي « تكرور البارة » : « ولا يباح له لأن حرمة مال الغير لا تسقط لحقه ولا يرخص » مع زيادة « له » عند التكرار .
(١٥) في « ب » : « في حالة » .

وأما الفعل الثالث - < ف > لا يباح ولا يرضى ، وإن كان يخاف القتل على نفسه ، كما إذا أكره بالقتل على أن يقتل فلانا المسلم ^(١) ، أو يقطع عضوه ، أو يضربه ضربا يخاف فيه ^(٢) التلف . وكذا في ضرب الوالدين على وجه يخاف منه ^(٣) التلف ^(٤) ، لأن القتل حرام محض ، وضرب الوالدين كذلك ، فلا يسقط ، لأجل حقه . ولو فعل : فإنه باثم في الآخرة .

. . .

وأما أحكام الدنيا من القود والضمان - فنقول :
في الإكراه على إتلاف مال الغير : يجب الضمان على المكره ، بلا خلاف .

وأما في القتل خطأ ، وعمدا : < ف > يكون الحكم على المكره عند أبي حنيفة ومحمد ، ويصير ^(٥) المكره آلة ^(٦) ، ويصير قاتلا ^(٧) ، فيكون الحكم عليه . وعند أبي يوسف : تجب الدية على المكره ، ولا يجب القود أصلا . وعند الشافعي : يجب على المكره والمكره جميعا القود . وعند زفر : على المكره - والمسألة معروفة .

(١) « السلم » ليست في ١ و ٢ .

(٢) في ب : « منه » .

(٣) « منه » من ب .

(٤) « وكذا في ضرب الوالدين ... التلف » ليست في ١ و ٢ .

(٥) في ح : « وكذا » : « ويصير » .

(٦) في ح : « آلة له » . وفي ب : « آلة » .

(٧) في ب : « ويكون قاتلا » .

وكذا في الإكراه على القطع : على هذا الخلاف .

هذا إذا لم يأذن المكره عليه ، للمكره ، على ما أكره .

أما إذا أذن له بقطع اليد ، والقتل ^(١) : < ف > لا يباح للمكره ذلك ، لأنه لا يباح ^(٢) بالإباحة والإذن - ولكن في القطع : لا يجب الضمان على أحد ^(٣) ، لوجود الإذن من جهته ، وفي القتل : لا عبرة لإذنه ، بل تجب الدية على المكره ، كما لو لم يوجد الإذن ^(٤) - هذا ^(٥) جواب ظاهر الرواية - وفي رواية : لا ^(٦) يجب .

ولو ^(٧) أكره على الزنا ، بالقتل - لا يباح ، ولا يرخص للرجل ، ويرخص للمرأة .

وكان أبو حنيفة يقول ^(٨) أولا ^(٩) : إنه لا يجب الحد ، ثم رجع وقال : فإن ^(١٠) كان الإكراه ^(١١) من السلطان ^(١٢) : لا يجب الحد ،

(١) في أ و ح : « والقيد » .

(٢) في ب : « لا يباح له » .

(٣) في ب : « على الأخص » .

(٤) « من جهته وفي القتل ... الإذن » من ب . وفي أ و ح : « من جهته وفي القتل لا عبرة » .

لإذنه بل يجب عليه الدية كما لم يوجد الإذن » .

(٥) في ب : « وهذا » . وفي أ و ح : « وهو » .

(٦) « لا » من أ و ب و ح . وفي ب : « أنه لا يجب » .

(٧) في ب : « وإن » .

(٨) « يقول » ساقطة في أ .

(٩) « أولا » من ب .

(١٠) في ب : « إن » .

(١١) « الإكراه » من أ و ب و ح .

(١٢) في أ و ح : « وكان أبو حنيفة يقول : إنه لا يجب الحد ويجب الشر . وإن كان الإكراه من السلطان » - وانظر الخامس التالي .

ويجب المقر . وإن كان من غيره : يجب الحد .

وعندهما : لا يجب الحد ، ويجب المقر ^(١) . كيفما كان .

وأما الإكراه على الأمور ^(٢) الشرعية :

فتنوعان في الاصل : إما إن ورد الإكراه على إنشاء التصرف ، أو على الإقرار ^(٣) به .

أما إذا ورد ^(٤) على الإنشاء :

فهو على وجهين :

إن كان تصرفاً محتمل الفسخ ، ويشترط فيه الرضا ، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، والإكراه بأى طريق كان - فإنه يكون بالتصرف فأبداً : إن اتصل به التسليم : يفيد ^(٥) الملك ، وإلا فلا .

وعلى قول زفر : يكون موقوفاً على إجازة المكره - والمسألة معروفة .

وهذا إذا باع ^(٦) أو اشترى بالثمن الذى أكره عليه .

فأما إذا باع بخلاف جنسه : ينفذ ، ويخرج عن الإكراه ، لأنه

(١) « وإن كان من غيره ... ويجب المقر » ليست فى ب كتبها : « ثم دجع وقال : إن كان الإكراه من السلطان : لا يجب الحد ، ويجب المقر - كيفما كان » - وراجع المامتن السابق .

(٢) فى ب كذا : « الأموال » .

(٣) فى ب : « لقرار » .

(٤) فى ب : « كان ورد » .

(٥) فى ا ب ج ك ل : « يقيد » .

(٦) فى ا و - : « باع شيئاً » .

أثني^(١) بغير ما أكره^(٢) عليه^(٣). وإن^(٤) باع بأقل من ذلك الثمن^(٥):
<ف> القياس أن ينفذ ، ولا يكون مكرها ، وفي الاستحسان: يكون
مكرها . وإن باعه بأكثر من ذلك الثمن^(٦) : يكون طائما .

وإن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ ، كالطلاق ، والعتاق ، والنكاح ،
واليمين^(٧) ، والنذر ، ونحوها : فإنه ينفذ التصرف ، عندنا - خلافاً
للشافعي ، والمسألة معروفة .

ثم الطلاق - إن كان قبل الدخول بها^(٨) : يلزمه^(٩) نصف المهر
المسمى^(١٠) . والتمتع في غير المسمى : على المكره ، لأنه وجب عليه بسبب
إكراهه^(١١) . وإن كان بعد الدخول : يجب على الزوج^(١٢) المكره ،
لأنه استوفى منفعة البضع .

وأما في^(١٣) العتاق - <ف> يجب الضمان على المكره ، سواء كان

(١) « آثى » ليست في أ .

(٢) في - كذا : « ما كره » .

(٣) « عليه » من أوب و - .

(٤) في أ و - : « فأما إذا » .

(٥) و (٦) « الثمن » ليست في ب .

(٧) « واليمين » ليست في أ .

(٨) « فيها » ليست في أ و - .

(٩) في أوب و - : « يلزم » .

(١٠) في ب كذا : « في المسمى » . و « المسمى » ليست في أ .

(١١) في - و أ : « الكراهية » .

(١٢) « الزوج » من أوب و - .

(١٣) « في » ليست في أ .

موسراً أو معسراً، ولا يسمى العبد في ذلك، ويكون الولاء للمعتق المكره^(١)، لأن العتق^(٢) حصل بفعل المكره، لكن جعل^(٣) ذلك إتيافاً من المكره، فقبله قيمته.

وفي النكاح - إذا أكرهت المرأة على التزويج بألف، ومهر مثلها عشرة آلاف : فالنكاح صحيح، ويقول القاضي للزوج^(٤) : « إن شئت تم لها مهر مثلها، وإلا فرقت بينكما »، إن لم ترض المرأة إن كان الزوج كفوا لها^(٥). وتخير المرأة إن كان^(٦) غير كفء، وإن تم لها مهر مثلها، وإن رضيت المرأة بتقصان المهر، وعدم الكفاة - يثبت الخيار للأولياء في عدم^(٨) الكفاة بالاتفاق، وفي نقصان المهر عند أبي حنيفة، خلافاً لها - هذا إذا كان قبل الدخول. فإن^(٩) كن بعد الدخول، وهي غير^(١٠) مكرهة في التمكن : يجوز النكاح، لوجود الرضا، دلالة، ويسقط الخيار للمرأة^(١١)، ويبقى الخيار للأولياء. وإن فرق القاضي

(١) « سواء كان موسراً ... للمعتق المكره » ليست في م.

(٢) لم : « لا يعتق ».

(٣) في ا : « لكن حصل ». وفي م : « لكن حصل ».

(٤) « للزوج » ليست في ا و ح.

(٥) في ب : « تم ». وفي م : « كذا : تبى ».

(٦) « لها » من ا و ح.

(٧) في ا و ح : « إن كان الزوج ».

(٨) في ا و ح : « لسم ».

(٩) في ا و ح : « ولأن ».

(١٠) « غير » من ا و ب و ح.

(١١) « للمرأة » ليست في ا و ب و ح.

بينهما : فلا شيء عليه قبل الدخول ، لأن الفرقة جاءت من قبلها .

. . .

وأما إذا أكره على الأقارب :

< ف > لا يصح ^(١) ، سواء كان بالمال ، أو الطلاق ، أو ^(٢) العتاق ، ونحو ذلك ، لأن الإقرار إخبار ، والخبر الذي ترجع ^(٣) كذبه ، لا يكون حجة ، والإقرار دليل رجحان الكذب .

. . .

ولكن هذا إذا كان ^(٤) الإقرار بوعيد ^(٥) شيء معتبر عند الناس ، حتى يكون ^(٦) نافيا للضرر ^(٧) . ويختلف ^(٨) باختلاف حال المكروه ^(٩) من الشرف والدنائة ^(١٠) ، والضعف والقوة ، حتى قال أصحابنا بأن السوط ^(١١) الواحد والقيء والحبس في اليوم الواحد ^(١٢) إكراه في حق بعض الناس ، وليس إكراه في حق البعض ، فيكون مفوضا إلى رأى

(١) « لا يصح » ليست في ب .

(٢) الهبة من أ و ح .

(٣) في أ و ح : « يرجع » .

(٤) في ب كذا : « كلف » .

(٥) في أ و ح كذا : « توعيد » .

(٦) أي يغفل الشيء الذي أكره عليه .

(٧) في ب : « قسرب » . وفي أ و ح : « باقيا للضرورة » .

(٨) في ح و أ : « ويكون » .

(٩) في الأصل وب : « المكروه عليه » . وراجع المباحث التالي .

(١٠) في أ و ح كذا : « باختلاف المكروه من الشرف الزيادة » .

(١١) في أ كذا : « لأن الشرط » .

(١٢) « الواحد » ليست في أ و ح .

القاضي المجتهد ، لاختلاف أحوال الناس فيه (١) .

ولو أكره رجل على قتل وارثه ، بإكراره يوجب الإلجاء (٢) ، فإنه لا يحرم عن (٣) الميراث ، وإن كان لا يباح له الإقدام على قتله ، لأنه (٤) مضطر فيه .

ولو أكره رجل على شراء ذى رحم محرم (٥) منه ، حتى عتق - لا يجب على المكروه شيء ، لأن الشراء يصح بمثل القيمة ، والزيادة عليه لا تجب ، و (٦) الإعتاق وشراء القريب سواء فى ثبوت العتق ، إلا أنه لا تجب القيمة ههنا ، لأنه حصل له عوض (٧) وهو صلة الرحم .

ولو أكره على شراء عبد قل له (٨) : « إن ملكتك فأنت حر » ، فاشتراه ، وقبضه حتى عتق عليه : لا يضمن المكروه ، لأنه (٩) مباشر الشرط (١٠) ، فإن العتق باليعين (١١) يقع .

(١) « فيه » ليست فى او .

(٢) فى « كذا » : « موجب الاجبا » . وفى « كذا » : « موجب الاتجا » .

(٣) « عن » ليست فى .

(٤) « هـ » فى « لأنه » : « ساقطة فى اقتضاها كذا » : « لا مضطر » .

(٥) فى « او ب و » : « ذى الرحم المحرم منه » .

(٦) « و » ليست فى .

(٧) « كذا فى او ب و » . وفى الأصل تشبه : « عرض » .

(٨) « هـ » ليست فى .

(٩) فى « هـ » : « على أنه » .

(١٠) فى « او ب و » : « بشرط » .

(١١) فى « او » : « بالعين » .

وكذا لو قال لعبد : « إن دخلت هذه الدار فأنت حر » فأكره
على أن يدخل الدار ، فدخل ، فمتى : لا يضمن ^(١) ، لأنه مباشر
للشرط ، دون الملة .

ثم الأكرام عند أبي حنيفة إنما يصح من الساطان لا غير .
وعندهما : يصح من كل مسلط ^(٢) ، له قدرة تحقيق ^(٣) ما وعد ^(٤) .
وقيل : إن هذا اختلاف زمان ، لأن في زمن أبي حنيفة كان ^(٥) لا يقدر
على الأكرام إلا السلطان ، وفي زمانهما تغير ^(٦) الأمور فأجاب
كل واحد ^(٧) على حسب زمانه .
وبعضهم حققوا الاختلاف من حيث المعنى .

ولو أن صبيًا مسلطًا ، بأن كان سلطانًا ^(٨) ، أكره ^(٩) رجلاً ^(١٠) .

(١) في أ و ب و هـ : « يتق ولا يضمن » .

(٢) في ب : « مسلط » .

(٣) في أ و هـ : « تحقق » .

(٤) في أ و ب : « ما أوعده » . وفي هـ : « ما أوعده » .

(٥) « كان » ليست في أ و هـ .

(٦) في ب : « تغير الأمر » . وفي هـ : « تغير الأمور » .

(٧) « واحد » ليست في أ و هـ . وفي ب : « كل واحد منها » .

(٨) في ب : « فإن كان سلطان » .

(٩) في أ و ب و هـ : « فأكره » .

(١٠) « رجلاً » من أ . وفي ب و هـ : « رجل » .

بالتقتل ، على القتل ، ونحوه ^(١) - فالجواب فيه ، وفي البالغ ، سواء ، لأنه
تحقق منه الإكراه له ^(٢) .

وكذا ^(٣) إذا كان رجل به ^(٤) مِرَّة ^(٥) يختلط العقل به ، وهو
مسلط ^(٦) : يجوز إكراهه ، كالماقل ، سواء ^(٧) و ^(٨) .

(١) « ونحوه » ليست في ا و ح .

(٢) « له » من ا و ب و ح .

(٣) « وكذا » ليست في ا و ح .

(٤) « رجل به » من ا و ح . وفي ب : « رجلا به » .

(٥) « كذا في الأصل و ا و ب و ح : « مرة » - والمرقة مزاج من أمزجة البدن (التاموس) . وفي

الكسائي (٧ : ١١٧٦ : ٨ - ٩) : « وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط فيتحقق الإكراه من
البالغ المختلط العقل به أن كان مطاعا مسلطا » .

(٦) « وهو مسلط » من ا و ب و ح . راجع الهامش السابق

(٧) « سواء » ليست في ا و ح .

(٨) « زلد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب

القسمة

القسمة^(١) في الأملاك المشتركة^(٢) نوعان: قسمة الأعيان، وقسمة المنافع وهي المهايأة .

أما قسمة الأعيان المشتركة

< ف > مشروعة^(٣) - عرفنا شرعيتها^(٤) بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنه قسم خيبر بين الغامعين . وعليه توارث^(٥) الأمة .

والأعيان المشتركة قد^(٦) تكون أمثالاً متساوية - فقسمتها تكون تمييز الأنصاء لا غير ، مثل المكبل والموزون والمددى المتقارب . وقد تكون أشياء مختلفة ، مثل الدور والعقار والمروض والحیوان - وقسمتها تكون في معنى البيع .

ثم القسمة قد تكون من القاضى وأمينه بإذنه ، وقد تكون من الشركاء عند التراضى .

(١) كذا في ب . وفي ا و هـ : « قال رحمه الله : القسمة » . وفي الأصل « قال : القسمة » .

(٢) في الأملاك المشتركة « ليست في ا - ففيها : « القسمة نوعان » .

(٣) « مشروعة » ليست في ا و هـ .

(٤) في ا و ب و هـ : « مشروعيتهما » .

(٥) في هـ : « توارث » .

(٦) في ح و ا : « و قسمة الأعيان قد » .

فإن كانت القسمة من القاضي عند المرافعة إليه ^(١) :

فإن كان في ذلك منفعة لهم : فإنه يقسم . وإن كان فيه ضرر أو ^(٢)
لا حاجة لهم إلى ذلك : فإنه لا يفعل ، وإن راضياً عليه ، ولكن يفوض
الأمر إليهم حتى يقسموا بأنفسهم . فإن الحام المشترك بين اثنين إذا
طلباً من القاضي القسمة لا يقسم ، لأن في القسمة ضرراً ^(٣) ، لأنهما
يضرران بذلك ، لأنه لا يمكن الانتفاع بمحض الحام دون البعض . ولو
قسما بأنفسهما : جاز ، لولايتها على أنفسهما .

وكذا < في > البيت الواحد ، والثوب الواحد ، والجوهره
الواحدة : لا تجوز القسمة من القاضي ^(٤) . ولو طلباً ^(٥) منه القسمة :
لا يفعل ، ولو قسما بأنفسهما : جاز .

وكذا دار بين اثنين ، لأحدهما فيها شقص قليل : إن طلب صاحب ^(٦)
القليل : لا يقسم ، لأنه لا فائدة له ^(٧) فيه ، فيكون متعتاً . وإن طلب
صاحب الكثير : يقسم ، لأن له حاجة في ذلك ، ويدفع ^(٨) الضرر عن نفسه ،
ولو قسما بأنفسهما : جاز ، لما قلنا ^(٩) .

(١) « إليه » من « اوب و » .

(٢) « أو » ليست في ب . وفي « ا و » : « و » .

(٣) « لأن في القسمة ضرراً » من « اوب » . وفي « : » لأن القسمة ضرر » .

(٤) في « ا و » : « لا تجوز قسمة القاضي » . وفي ب : « لا تجوز قسمة من القاضي » .

(٥) في ب : « ولو طلب » .

(٦) « صاحب » صائفة من « وفيها » : « وإن طلب القليل » .

(٧) « له » من « اوب و » .

(٨) في « ا و » : « يدفع » .

(٩) أي لولايتها على أنفسهما (راجع السطر السابع من هذه الصفحة) .

ثم المقسوم يدعوا: إما إن كان دوراً أو عقاراً، أو منقولاً:
فإن كان عقاراً، وهي في يد الجماعة^(١)، وطلبوا القسمة من القاضي - فإن
قالوا: «هي بيتنا ميراث عن فلان»؛ فإن عند أبي حنيفة: لا يقسم حتى يقيموا
البيتة على موت فلان، وعلى عدد الورثة - وعندهما: يقسم بإقرارهم، ويشهد
أنه قسمها بإقرارهم.

ولو كان ذلك في عوض أو شيء منقول: فإنه يقسم بإقرارهم،
بالاتفاق.

وكذا إذا أقرروا بكون العقار بينهم، ملكاً^(٢) مطلقاً، ولم يدعوا
انتقال الملك فيهم من واحد^(٣)؛ فإنه يقسم بينهم، بإقرارهم، بالاتفاق^(٤).
وإن ادعوا أنهم اشتروا من فلان الغائب: < في رواية الأئمة >
لا يقسم حتى يثبتوا الانتقال من الغائب، وفي رواية: يقسم بإقرارهم.

وهذا إذا لم يكن في الورثة غائب كبير أو صغير لا ولي له، فأما
إذا كان في الورثة كبير غائب أو صغير: فعند أبي حنيفة: لا يقسم على
كل حال. وعندهما: ينظر: إن كانت^(٥) الدار في يد الكبار الحضور؛ فإنه
يقسم بينهم، ويضع حق الغائب في يدا أمين يحفظه، ويوكل عن^(٦) الصغير

(١) في أ ب و هـ: «جاعة».

(٢) «ملكاً» من أ ب و هـ.

(٣) في أ ب و هـ: «من أحد».

(٤) في ب: «بالاتفاق».

(٥) كذا في أ ب و هـ. وفي الأصل: «كان». وانظر ما يلي في المتن.

(٦) في ب: «على».

رجلا حتى يحفظه. وإن كانت^(١) الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما من شيء، فإنه لا يقسم حتى تقوم^(٢) اليثة على الميراث وعدد الورثة، بالاتفاق.

. . .

ثم إذا قامت اليثة على الميراث ينظر : إن كان الحاضر اثنين فصاعداً، والغائب واحد أو أكثر، و^(٣) فيهم صغير : فإن القاضى يقسم بينهم، ويمزل نصيب كل صغير وغائب، ويجعل في يد أمين يحفظه .

ولو كان هذا في ملك مطلق ، وشريكان حاضران ، وشريك غائب : فالقاضى لا يقسم ، لأن القاضى له ولاية في الجملة ، في مال مشترك بين الورثة ، فيكون قضاء على الحاضر ، < و > لا ولاية^(٤) له^(٥) على مال الغائب مقصودا ، فلا^(٦) يقسم من غير أن يحضر من يقوم مقامه .

ولو حضر وارث^(٧) واحد، وغاب الباقيون ، وطلب^(٨) القسمة : فإن القاضى لا يقسم ، لأن القسمة لا تصح إلا بين المتقاسمين الحاضرين^(٩) .
ولو كان وارث كبير حاضر ، وهناك وارث صغير : نصب القاضى

(١) في ب : « كان » .

(٢) في أ وب : « حتى يتيموا » . وفي ب : « حتى يتيم » .

(٣) « و » ليست في ب .

(٤) في الأصل وادب : « أما لا ولاية » . وفي ب : « أما الولاية » .

(٥) « له » ليست في أ وب و ب .

(٦) في ب : « ولا » .

(٧) « وارث » ليست في أ و ب .

(٨) في ب : « وطلبت » .

(٩) في ب : « متقاسمين حاضرين » .

له وصيا ، وقسم ، لأنه حضر ^(١) المتقاسمان وطلب أحدهما القسمة ، فإنه يحكم بالقسمة على أحدهما لا على الآخر .

ولو قسم دارا ^(٢) بين شريكين ، وفيها مسيل ^(٣) الماء والطريق ونحوهما :
< ف > إن قسم مطلقاً وأمكن أن يجعل في نصيب كل واحد منهما ^(٤) طريقاً ومسيل ماء : فإنه تصح القسمة في الكل . وإن كان لا يمكن < جعل > الطريق في ملك أحدهما ، بل يحتاج إلى تسيل الماء والاستطراق في نصيب شريكه ^(٥) : < ف > إن ذكر القاسم في القسمة : «إني قسمت الدارين» بحقوقها ^(٦) . فإنه يبقى مشتركاً بينهما ^(٧) ، فيكون له حق تسيل الماء والاستطراق في نصيب شريكه ^(٨) .

وإن لم يذكر الحقوق : تنقض ^(٩) القسمة ، ويكون ذلك غلطاً من القاسم ، لأنه لا يتمكن كل واحد منهما ^(١٠) من الانتفاع به بدون الطريق .

(١) في « ح » : « حاضر » .

(٢) في « د » : « دارين » . انظر فيما يلي الماش ٦

(٣) في « ا » و « د » : « مسيل » .

(٤) « منها » من « ا » و « د » .

(٥) « بل ... شريكه » من « ا » و « د » .

(٦) هكذا في « ا » و « د » . وفي الأصل : « بحقوقها » . راجع الماش ٢ .

(٧) هكذا في « ب » . وفي الأصل « ا » و « د » : « بينهم » . وفي « ا » و « د » : « أن يذكر القاسم

في القسمة : إني قسمت بينهما الدارين بحقوقها - فإنه يبقى مشتركاً بينهما » وردت قبل : « بل يحتاج إلى تسيل » المتضمنه .

(٨) « فيكون له ... شريكه » من « ا » و « د » .

(٩) في « ا » و « د » : « تنقض » .

(١٠) « منها » من « ا » و « د » .

ولو قسم دوراً^(١) بينهم ، وجعل لكل واحد نصيبه في دار واحدة ، سواء كانت متلاصقة أو في بلدة أو في بلاد : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : إن كان يمكن^(٢) التمديل في القسمة^(٣) في ذلك - فلا بأس به .

وعلى هذا قسمة الرقيق ، بأن جعل^(٤) نصيب كل واحد في عبد : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : جائز .

فأما في المتقول سوى الرقيق^(٥) - إذا كان جنساً واحداً ، مثل الإبل والبقر ، والغنم ، والمكيل ، والموزون : فإنه جائز ، بخلاف ، لأن التفاوت يسير .

فأما إذا جعل لأحدهم^(٦) الإبل ، وللآخر الغنم^(٧) ، وللآخر البقر : لم يجوز ، لاختلاف الأنواع .

وكذا في الثياب من جنس واحد : تجوز القسمة ، وفي الأجناس المختلفة : لا تجوز . وفي الثوب الواحد : لا تجوز ، لأنه يحتاج إلى القطع ، وهو ضرر .

. . .

(١) في ب : « داراً » .

(٢) « يمكن » من ا و ب و ح .

(٣) « في القسمة » ليست في ح .

(٤) في ح : « يجعل » .

(٥) « سوى الرقيق » من ا و ب و ح .

(٦) في ب : « لأحدهما » .

(٧) « وللآخر الغنم » من ا و ب و ح .

ثم إذا قسم الدار^(١) فإنه يقسم القرصة^(٢) بالذراع^(٣)، ويقسم البناء بالقيمة، ويجوز أن يحمل لأحدهما أكثر ذراعاً^(٤) من الآخر، لأن قيمته أكثر.

ثم ذكر أبو الحسن أن أبا حنيفة قال^(٥) : يحتسب في القسمة كل ذراع^(٦) من السفلى الذى لا علوه ، بذراعين من العلوى الذى لا سفلى له . وقال أبو يوسف : ذراع من السفلى بذراع من العلوى . وقال محمد : يقسم على القيمة دون الذراع^(٧) . ومشايخنا قالوا : إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة ، لاختيارهم السفلى على العلوى .

والعمل فى هذه المسألة على قول محمد ، لاختلاف حال البلاد فى ذلك ، فعتبر القيمة .

ثم ما كان فى البيع من خيار الرؤية ، وخيار الشرط ، والرد بالعيب - ففى القسمة كذلك : لا يختلفان ، لأنها فى معنى البيع - وهذا^(٨) إذا قسما بالتراضى .

(١) « الدار » ليست فى الواح .

(٢) « قرصة الدار » ساحتها ، وهى البقعة الواسعة التى ليس فيها بناء (المصباح) .

(٣) « فى ب » : « بالذراع » .

(٤) « فى ب و ح » : « ذراعاً » .

(٥) « قال » من ا ب و ح .

(٦) « و (٧) فى ب : « ذراع » - « الذراع » .

(٨) « والرد بالعيب ففى ... البيع وهذا » ساقطة من ا و ح .

فأما إذا قسم القاضى - فكذلك في العيب^(١) ، ولا يثبت خيار الرؤية ، ولا^(٢) خيار الشرط فيه^(٣) ، لأنه لو^(٤) فسخ كان للقاضى أن يقسم ثانياً ، فلا فائدة فيه^(٥) .

.

ولا أحد الشريكين أن يحفر في نصيبه برأ أو بالوعة ، وإن كان يضر^(٦) بقسم شريكه^(٧) - وكذا هذا في الجارين^(٨) .

.

وإذا ظهر للميت دين بعد القسمة ، أو وارث غائب ، أو طفل أدرك ولم يكن له وصى : فلهم تقض القسمة ، لأن القاسم غلط فيها . فإن كان للميت مال سوى ما قسم : يقضى منه^(٩) الدين ، ولا ينقض القسمة . وكذلك إذا قضى^(١٠) بعض الورثة الدين ، أو كفل رجل عن صاحب الدين . وكذا لو ظهر الدين للوارث الذى قسم ، ولا تكون^(١١)

(١) « في العيب » ساقطة من .

(٢) « لا » من او .

(٣) « فيه » ليست في او .

(٤) « لو » ليست في او ب و .

(٥) « ثانياً فلا فائدة فيه » من او ب و .

(٦) « يضر » ساقطة من ب ، وفي او : « كذا » : « يصير » .

(٧) « شريكه » ساقطة من ب .

(٨) في ا : « في الجارين » . وفي ب : « وكذا في هذا الجارين » .

(٩) « منه » من او ب و .

(١٠) في او : « : « قبض » .

(١١) « ولا » ليست في .

القسمة منه إبراء للدين الذي^(١) عليه ، لأنه ربما لا يعلم ذلك^(٢) .
وكذلك إذا ظهرت الوصية لأجنبي ، أو <ظهر>^(٣) ولد وارث :
فإنه تنقض القسمة ، لأن الموصى له كواحد من الورثة .

وأما المراهبة

<ف> نوعان : من حيث المكان ، أو من حيث الزمان .
أما من حيث المكان - بأن^(٤) كانت دارا كبيرة ، يسكن أحدها ناحية
والآخر ناحية : جاز ، وهي قسمة المنافع^(٥) ، ولا يشترط فيها بيان المدة .
ولو استغل أحدهما نصيبه : جاز - بخلاف المارية : فإنها^(٦) لا تؤاجر .
وقال بعضهم : لا^(٧) يجوز ، كما في المارية ، إلا إذا اشترطا^(٨) الاستغلال^(٩)
لمن شاء منهما .

وأما من حيث الزمان - بأن كانت دارا صغيرة ، يسكن^(١٠) أحدهما

(١) « التي » من اوب و .

(٢) في ا و ح : « بذلك » .

(٣) في ب : « لأجنبي أو ولد وارث » . وفي الأصل : « أو ولد وارث » . وفي ا
و ح : « لأجنبي أو ولد » - راجع الكسائي ، ٧ : ٣٠ ، ٧٦ .

(٤) كذا في ب : « بأن » . وفي الأصل و ا و ح : « فلان » .

(٥) زاد هنا في اوب و ح : « جاز » .

(٦) هكذا في اوب و ح . وفي الأصل : « فله » .

(٧) « ولا » ساقطة من ا و ح . وفي ب : « لا يجوز » .

(٨) في اوب و ح : « شرط » .

(٩) في ا و ح : « الاستعمال » .

(١٠) في اوب و ح : « فسكن » .

شبرا والآخر شهرا : جاز، وهذا في معنى العارية - ولهذا يشترط^(١) المدة.
ولو أجزأ أحدهما : لا يجوز ، كما في العارية .
ولونها في الرقيق المشترك^(٢) - فأخذ أحدهما عبداً ، والآخر عبداً :
جاز عندهما بلا شك^(٣) ، لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما . وعند أبي
حنيفة : يجوز ههنا ، لأنها قبضة المنافع ، وهي من جنس واحد .
وفي التخييل والشجر المشترك - إذا أخذ أحدهما طائفة يستثمرها
وينتفع بشرها خاصة ، والآخر^(٤) طائفة : لا يجوز . لأنها استحقاق
العين بالإجارة^(٥) .
وفي الأراضي^(٦) - يزرع أحدهما البعض ، والآخر البعض : جائز^(٧) ،
لأنها قسمة المنافع^(٨) .

(١) في ب : « شرط » . وفي ا : « تشترط » .

(٢) في الرقيق المشترك « من ب » .

(٣) في ا و ح : « أما عندهما فلا شك فيه » . وفي ب : « أما عندهما فلا شك » .

(٤) في ا و ح : « والآخر أخذ طائفة » .

(٥) في ح : « لأنها استحقاق الإجارة » . وفي ا : « لأنها استحقاق بالإجارة » . وفي
الكشاف (٧ : ٣٢ - ١٧ - ٢١) : « وأما بيان محل الهبات فتقول : لأن محلها المنافع دون
الاعتيان ، لأنها قسمة المنفعة دون العين ، فكان محلها المنفعة دون العين ، حتى إنها لو تهايا في نخل أو
شجر بين شريكين على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز وكذلك إذا تهايا في
التنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهم قطيعة وينتفع بألبانها لا يجوز ، لما ذكرنا أن هذا عقد
قسمة المنافع ، والتمر والبن عين مال ، فلا تدخل تحت عقد الهبات . ولو تهايا في الأراضي المشتركة
على أن يأخذ كل واحد منهما نصفها ويزرع : جاز ، لأن ذلك قسمة المنافع ، وهي معنى الهبات » .
(٦) في ا و ح : « وفي الأرض » .

(٧) « جائز » . ليست في ا و ح . وفي ب : « جاز » .

(٨) زاد في ب : « والله أعلم » .

كتاب المأذون

قال^(١):

يحتاج إلى :

بيان^(٢) مشروعية الأذن ، للعبد ، في التجارة ،

وإلى تفسير الأذن ،

وإلى بيان^(٣) حكم الأذن ، وما يملك^(٤) به العبد من التعرف وما

لا^(٥) يملك ،

وإلى بيان صحة الحجر ،

وإلى بيان حكم المأذون بعد الحجر .

أما الأول

فلما^(٦) روى عن النبي عليه السلام أنه كان يحب^(٧) دعوة المملوك .

(١) في ب: فقال الشيخ الإمام رحمه الله « . وفي أ و ح : « قال رحمه الله » . راجع ص ٣٩٨ .

(٢) « بيان » من أ و ب و ح .

(٣) « بيان » ليت في ح .

(٤) في أ و ح : « يملكه » .

(٥) « لا » سابقة في ح .

(٦) في ح : « نيا » .

(٧) في ح : « يحب » . وفي الكشاف (٧ : ١٩٧ : ١١) مثل ما في المتن .

و^(١) عليه توارث الامة .

وأما إذن العبد الصغير الماقل ، أو^(٢) الصبي الحر الماقل - فصحيح^(٣) ،
عندنا . وعند الشافعي : لا يصح - والمسألة معروفة .

وأما نصير المرد - فنقول :

الاذن نوعان : خاص ، وعام^(٤) .

فأما الاذن^(٥) الخاص - فإن^(٦) يقول لعبد^(٧) : « اشتر بدرهم لهما
لنفسك^(٨) » أو : « اشتر كسوة لنفسك أو لفلان » ، فاشتراه - فإنه يجوز ،
ويكون^(٩) مأذوناً ، في ذلك ، خاصة . والقياس أن يكون مأذوناً^(١٠) . في
الأنواع كلها ، لأن الاذن بالتصرف لا يتجزأ ، وفي الاستحسان :
يقتصر^(١١) على ما أذن فيه ، لأن هذا^(١٢) من باب الاستخدام ، فلو

(١) « و » ليست في « . »

(٢) في ب : « و » .

(٣) القاء من ب .

(٤) في أ و « : » وعامة « . »

(٥) « الإذن » من أ و « . »

(٦) في ب : « أن » . وفي الأصل « أو » : « بأن » .

(٧) « لعبد » ليست في ب .

(٨) « لنفسك » من أ و « . »

(٩) في ب : « ويصير » .

(١٠) « مأذوناً » ليست في ب .

(١١) في أ : « أن يقتصر » .

(١٢) « هذا » ليست في أ و « : » ولها « لأ » .

نقد^(١) الإذن إلى غيره ، ولم يكن قصد المولى أن يكون مأذوناً في
التجارات : لا يقدر على الاستخدام^(٢) .

وأما الإذن العام - فإن^(٣) يقول : «أذنت لك في التجارات» أو «في^(٤)
التجارة» - يصير^(٥) مأذوناً في الأنواع كلها^(٦) ، بلا خلاف .

أما إذا أذن في نوع ، بأن قال : «تاجر في البز»^(٧) ، أو في بيع الطعام
أو في^(٨) غير ذلك - يصير مأذوناً^(٩) في أنواع التجارات ، عندنا .
وعند زفر والشافعي^(١٠) : يقتصر على ما سمى^(١١) .

(١) في ب : «ولو تسمى» . ولعلها الأصح .

(٢) «فلو نقد ... الاستخدام» ليست في ا و ح . وفي الكاساني (١٩١: ٧) :
«... لو جعل الإذن بمثله (أي بمثل ما لو قال : اشترى ب درهم لحماً) لاذن بالتجارات كلها لصار
المأذون براء البذل مأذوناً في التجارة وفيه سد باب استخدام المالك والناش حاجة إليه ، فانتصر على
مورد الضرورة» .

(٣) الفاء من ح .

(٤) «في» من ا و ب و ح .

(٥) في ا : «في التجارة أو الصناعة» يصير مأذوناً في جميع أنواع الحرف . وكذا إذا قال
في التجارة : يصير ...» .

(٦) «كلها» ليست في ا و ح . وانظر الهامش التالي .

(٧) في ح : «في البر» . وانظر الهامش بعد التالي .

(٨) كذا في ح . وفي ا : «أو غير» . وفي الأصل : «وغير» . وانظر الهامش التالي .

(٩) «في الأنواع كلها بلا خلاف ... يصير مأذوناً» ساقطة من ب .

(١٠) في ا و ب و ح : «وعند الشافعي» فلم يذكر فيها زفر . وفي الكاساني (٧ : ١٩٢) :

٣ - ٤ : «وأما إذا أذن له في نوع بأن قال : «تاجر في البر أو في الطعام أو في الخقيق»
يصير مأذوناً في التجارات كلها ، عندنا . وعند زفر والشافعي رحمه الله : لا يصير مأذوناً إلا في النوع
الذي تناوله ظاهر الإذن» .

(١١) «على ما سمى» ليست في ا .

وكذا إذا قال : « ائخذ في التجارة أو في الصناعة ^(١) » - يصير مأذوناً في جميع ^(٢) أنواع الحرف .

وكذا إذا قال ^(٣) : « أئذنت لك أن تتجر شهراً أو سنة » - يصير مأذوناً ، في جميع الأوقات ، ما لم يحجر عليه حجراً عاماً .

... وكذا ^(٤) لو ^(٥) قال : « اتجر في البر ، ولا تتجر في الحز ^(٦) » - لا يصح نفيه ^(٧) ، وبعم الإذن : في النوعين ، وغيرهما ^(٨) - والمسألة معروفة بأن الإذن عملي التصرّف ، أو إسقاط الحق ^(٩) فكالحجر .

ثم الإذن قد يثبت صريحاً ، وقد يثبت بطريق الدلالة .

فالتصريح - ما ^(١٠) ذكرنا .

وأما الدلالة - بأن ^(١١) رأى المولى عبده ، يبيع ويشترى ، فسكت ولم

(١) في « : ائخذ في التجارة والصناعة » وفي ب كذا : « به الخرازة أو في السياغة » .

(٢) « جميع » من ب و - .

(٣) « في الصناعة ... وكذا إذا قال » ليست في أ .

(٤) في ب « وقدا » .

(٥) في أ و - « إذا » .

(٦) في ب كذا : « في البر ولا يتجر في البحر » .

(٧) « نفيه » ليست في أ .

(٨) كذا في أ و ب و - ، وفي الأصل : « وعندها يصح » . وفي الكشاف (١٩٧ : ٧) :

« : وكذلك إذا قال : اتجر في البر ولا تتجر في الحز - لا يصح نفيه وتصره يصير مأذوناً في التجارات كلها وعلى هذا ... » .

(٩) في ب « أو » .

(١٠) في أ و - « على ما ذكرنا » .

(١١) في - و أ : « لأن » .

فيه عن ذلك : يصير مأذوناً^(١) في التجارات ، ولا يصير^(٢) مأذوناً في بيع ذلك الشيء بيته ، وفي الشراء يصير مأذوناً^(٣) . وهذا عندنا . وعند الشافعي : لا يصير مأذوناً^(٤) .

والسكوت يكون إذناً في مواضع : فإن من باع عبداً^(٥) من إنسان ، بمحضته ، والعبد ساكت - يكون إقراراً منه بالرق ، دلالة . - وكذا^(٦) المشتري : إذا قبض السلعة بمحضرة البائع ، وسكت البائع^(٧) : يكون إذناً بالقبض^(٨) .

- وكذا إذا سمع الشفيع بالبيع^(٩) ، فلم يطلب^(١٠) الشفعة^(١١) . وسكت : يكون تسليماً للشفعة^(١٢) .

- وكذا البكر : إذا زوجها وليها ، فسمعت من الولي ، وسكت^(١٣) : يكون إذناً .

-
- (١) في حـ ب : « يصير لذنأ له » .
 (٢) في التجارات ولا يصير « ليست في ا .
 (٣) في ب كررت عبارة : « في بيع ذلك الشيء ... مأذوناً » .
 (٤) « وهذا عندنا ... مأذوناً » ليست في ب .
 (٥) « عبداً » ليست في ب .
 (٦) في ب كذا : « وقد » .
 (٧) « البائع » من ا و ح .
 (٨) في ح كذا : « في القبض » .
 (٩) كذا في ب . وفي ا والأصل : « البيع » . وفي ح : « المبيع » .
 (١٠) في ح كذا : « فلم يطلب » .
 (١١) « الشفعة » من ب و ح .
 (١٢) في ح و ا : « يكون لذنأ بتسليم الشفعة » .
 (١٣) في ا : « فسكت » . وفي ح : « فسكت » .

وله نظائر^(١) .

وفي بعض المواضع لا يكون السكوت رضا^(٢) ، على ما عرف في موضعه .

وكذلك^(٣) إذا قال لبيده: « أد إلى ألفا فأت »^(٤) حر^(٥) . فإنه يصير مأذونا ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالكسب ، فيكون إذنا له^(٦) ، دلالة^(٧) .

وكذلك إذا كاتب عبده : يصير^(٨) مأذونا^(٩) ، لأنه جملة أحق بكسبه .

. . .

ثم الإذن بالتجارة يصح ، معلقاً بشرط ، ومضافاً إلى وقت . بأن قال : « أذن لك إلى رأس الشهر » أو قال^(١١) : « إذا جاء رأس الشهر »^(١٢)

(١) في أ و ح : « ونظائره كثيرة » . راجع الكاساني ، ٧ : ١٩٢ - ١٩٣ .

(٢) في ح كذا : « لصا » .

(٣) « وكذلك » ليست في أ .

(٤) في ب : « وأنت » .

(٥) في ح كذا : « حره » .

(٦) « له » من أ و ب و ح .

(٧) « دلالة » ليست في ح .

(٨) في ب : « يكون » .

(٩) في ح كذا : « كانت عبده يصير مأذونه » . وفي أ : « كانت أمة يصير مأذونة » .

(١٠) « إلى » ليست في أ و ب و ح .

(١١) « قال » ليست في أ .

(١٢) « الشهر » ليست في ح .

فقد أذنت لك - جاز ، لأن الإذن إسقاط لحق^(١) نفسه ، والإسقاط
يصح تعليقه^(٢) بالاختيار^(٣) .

وبمثله لو^(٤) علق الحبر بالشرط : لا يصح ، لأن الحبر فيه معنى
الإثبات ، وإعادة الحق ، ولا^(٥) يصح تعليق الإثبات^(٦) بالشرط .

وأما بيان حكم المأذون وما يملك المأذون^(٧) وما يملكه - فنقول :

كل ما كان من التجارة ، وتوابع التجارة ، و^(٨) ضروراتها - فإنه
يملكه^(٩) المأذون^(١٠) ، وما لا فلا .

وله^(١١) أن يستأجر إنسانا ليعمل معه ، أو مكانا ليحفظ فيه أمواله ،
أو دواباً ليعمل^(١٢) عليها أمتعته .

(١) في ب : « حتى » . وفي ح : « لحق نفسه » .

(٢) في أ وب : « والإسقاطات يصح تعليقها » . وفي ح : « والإسقاطات يصح تعليقها » .

(٣) الزهري في « الاختيار » ليست في ب .

(٤) في أ و ح : « وبمثله ولو » .

(٥) في أ وب : « فلا » .

(٦) في ب : « فلا يصح الإثبات » .

(٧) في أ و ح : « الإذن وما يملكه المأذون وما يملك » . وفي ب : « الإذن وما

يملك المأذون وما لا يملك » .

(٨) الزاد من أ وب و ح .

(٩) في ب : « يملك » .

(١٠) « المأذون » من أ و ح .

(١١) في ح و أ : « فله » . وفي ب : « وليس له » . وفي الكشاف (٧ : ١٩٥ : ٢٤)

مثل ما في المتن .

(١٢) في أ وب و ح : « يحمل » .

وله أن يؤاجر ما اشترى من الدواب ، والرقيق .

وله أن يؤاجر نفسه أيضاً .

ويصح منه الشراء ^(١) بالنقد والنسيئة ، وبالمروض - لائق ذلك
ممتد للتجار ^(٢) .

وعملك البيع والشراء ، بفن يسير ، بالاجماع . وأما بالفن الفاحش :
> فـ < يملك أيضاً عند ^(٣) أبي حنيفة ، خلافاً لها ^(٤) ، كما اختلفوا في
الوكيل بالبيع المطلق ^(٥) إذا باع بفن فاحش ^(٦) - إلا أن في ^(٧)
الوكيل بالشراء بفن فاحش : لا يجوز عند أبي حنيفة . وعندهما : يجوز ^(٨) .
وفي المأذون : الشراء و ^(٩) البيع سواء : يجوز بفن فاحش ^(١٠) عند أبي
حنيفة ، لأن الوكيل متهم ^(١١) ، ولا تهمة هنا .

(١) « الشراء » ليست في ا و ح .

(٢) في ا و ب و ح : « للتجارة » .

(٣) في ا و ح : « وبالفن الفاحش أيضاً عند » . وفي ب : « وأما الفن الفاحش أيضاً
يملك عند » .

(٤) في ا و ب و ح : « وعندهما لا يملك إلا يمتل (في ح : يمتل) للقيمة » .

(٥) « المطلق » ليست في ا و ب و ح .

(٦) « إذا باع بفن فاحش » من ا و ح . وفي ب : « كما اختلفوا في التوكيل بالبيع بفن فاحش » .

(٧) « في » ليست في ب .

(٨) « وعندهما يجوز » من ا و ب . وفي ح : « وعندهم » .

(٩) في ح : « أو » .

(١٠) « فاحش » ليست في ا .

(١١) في ا و ب و ح : « لأن تمة متهم » . فليس فيها : « الوكيل » .

ويملك^(١) تأخير^(٢) الدين من ثمن مبيع^(٣) ، أو > ال < إقرار له
بإتلاف كسبه ، ونحو ذلك .

والقرض لا يصح تأجيله منه ، كما لا يصح من الحر .
وأما الخط^(٤) فلا^(٥) يصح منه ، لكونه^(٦) تبرعا^(٧) .
وكذلك الإبراء ، و^(٨) الكفالة - لأنها تبرع .

ويملك التصدق^(٩) باليسير ، والضيافة اليسيرة - لأنها من ضرورات
التجارة^(١٠) ، عادة .

ولا يملك التصدق بالدرهم الكامل^(١١) ، ولا الهبة^(١٢) ، ولا الهدية ،
ولا القرض .

وكذا لا يملك الكفالة بالنفس^(١٣) ، ولا بالمال ، لأنها تبرع^(١٤) .

(١) « يملك » ليست في أ و ح .

(٢) في أ و ح : « تأجيل » .

(٣) كذا في ح : « مبيع » . وفي الأصل وأ و ب : « ثمن بيع »

(٤) في ح كذا : « لخط » .

(٥) إلقاء من ب .

(٦) « لكونه » ليست في أ و ب و ح .

(٧) « تبرعا » ليست في ب .

(٨) « الإبراء » ليست في ب فنيها : « وكذلك الكفالة » . وفي أ و ح : « وكذلك

الإبراء : لا يصح منه ، وكذا الكفالة » .

(٩) في أ و ح : « التصرف اليسير » . وفي ب كذا : « الصدق » .

(١٠) في أ و ح : « التجارة » .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل : « بالدرهم الكامل » . وفي أ و ح : « التصرف الكامل

بالدرهم » .

(١٢) « ولا الهبة » ليست في ب .

(١٣) في ب : « لا بالنفس » .

(١٤) « لأنها تبرع » من أ و ح . وفي ب : « لأنها من تبرع » .

ولا يملك أن يكتاب^(١) ، وأن^(٢) يعتق على مال ، لأنه ليس من التجارة .

ويملك أن يوكل بالبيع والشراء ، لأن هذا من عادة التجار ، فإنه^(٣) لا يقدر أن^(٤) يفعل ذلك كله^(٥) بنفسه .

ويجوز له^(٦) أن يتوكل^(٧) عن غيره ، بالبيع ، بالاتفاق .

وهل يجوز أن يتوكل^(٨) بالشراء عن غيره^(٩) ؟ إن وكلة بالشراء ، نقدا^(١٠) ، ودفع الثمن إليه أو لم يدفع : < ف > القياس أن لا يجوز ، لأنه يصير^(١١) في معنى الكفيل بالثمن . وفي الاستحسان : يجوز .

وإذا توكل < ب > شراء عبد نسيئة^(١٢) : لا يجوز الشراء من الأمر ، ويصير مشترياً لنفسه ، لأنه يصير الثمن عليه ، والمالك يقع لغيره ، وعليه

(١) في ب : « كات » .

(٢) « د » في « وأن » قصة في ب . وفي « ا و ح » : « ولا » .

(٣) في « ا و ح » : « لأنه » .

(٤) في ب : « لا يقدر على أن » .

(٥) « كله » ليست في أ .

(٦) « له » ليست في ب و ح .

(٧) في « ا و ح » : « يوكل » .

(٨) في أ : « أن يوكل » .

(٩) « عن غيره » من أ و ب و ح .

(١٠) في ب و ح : « نقدا » . وفي « ا ك ذ » : « نقدا » ولعله تصحيف .

(١١) « يصير » ليست في ب .

(١٢) في ب و ح : « وإذا توكل بالشراء عنه نسيئة » . وفي أ : « وإذا وكل بالشراء

عنه نسيئة » .

التسليم إليه ، لأن الثمن مؤجل ، فيكون بمعنى^(١) الكفالة . فأما إذا كان الشراء بالتقدي ، < ف > لا يجب عليه التسليم إلى الأمر ، بل له أن يحبس حتى يستوفي الثمن من الموكل ، فلا^(٢) يكون في معنى الكفالة ، بل في معنى البيع .

ويملك أن يأخذ ، لميده ، في التجارة^(٣) .
وله أن يبيع^(٤) دوابه .

وله أن يودع ، ويقبل الوديعة - لأن هذا من صنيع التجار .
وله أن يدفع المال مضاربة ، ويأخذ المال من غير < ه > مضاربة ، ويشترك مع غيره شركة^(٥) عنان . ولا يجوز أن يشارك^(٦) شركة مفاوضة ، لأنها^(٧) تتضمن الكفالة ، ولا تصح منه الكفالة . وإذا^(٨) شارك شركة مفاوضة ، تنقلب شركة عنان^(٩) .

وهل يملك أن يكتب عبداً من أكتابه^(١٠) ؟ إن لم يكن عليه دين ، وأجاز المولى : جاز ، ويكون العبد م كاتباً لمولاه ، ويدفع بدل الكتابة

(١) في ب : « في معنى » .

(٢) في ب : « ولا » .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل : « عبيد للتجارة » . وفي أ و ه : « عبيد للتجارة » .

(٤) في أ و ه : « كذا » : « يبيع » .

(٥) « شركة » ليست في ب .

(٦) في ب : « يشاركه » .

(٧) كذا في أ و ب و ه . وفي الأصل : « لا » .

(٨) في ب : « ولد » .

(٩) راجع في شركة المفاوضة والثان ص ٤ وما بعدها من هذا الجزء .

(١٠) في ب : « أكتابه » .

إلى المولى، ويعتق، إلا إذا أذن المولى إليه بقبض بدل الكتابة^(١). وإن كان عليه دين: لا يصح، لأنه تعلق^(٢) به حق الفرماء، فيكون^(٣) موقوفاً على إجازة المولى: فإن لم يجر المولى، ورد الكتابة: ينسخ، وما اكتسبه^(٤) يصرف إلى دينه. وإن أجاز المولى الكتابة^(٥)، وأمر العبد^(٦) بقبض بدل الكتابة: إن كان عليه دين مستغرق: لا تصح الكتابة^(٧)، لأن هذا إعتاق بشرط الأداء، والمولى لا يملك^(٨) كسب^(٩) عبده المأذون إذا كان عليه دين مستغرق - فكذا هذا، وبإيعاك المكاتب في الدين^(١٠). وإن^(١١) كان الدين غير مستغرق: يعتق العبد، ويضمن المولى^(١٢) قيمة^(١٣) العبد للفرماء، لتعلق حقهم به، كما لو أعتقه^(١٤)

(١) «إلا إذا أذن ... الكتابة» ليست في ب.

(٢) في أ: «تعلق».

(٣) في أ وب و ح: «ويكون».

(٤) في أ: «وأما ما اكتسبه» - وفي ح: «وأما ما كسبه العبد».

(٥) «ولأن أجاز المولى الكتابة» ليست في أ و ح.

(٦) في ح: «العبد».

(٧) «الكتابة» ليست في أ و ح.

(٨) «بشرط الأداء والمولى لا يملك» ليست في أ.

(٩) في ح وب: «لا يملك إعتاق كسب» - وانظر الهامش التالي

(١٠) في ب: «ويبيع العبد في الدين» - وفي أ: «ويبيع ولو كاتب المولى من أكساب

عبده المأذون يبيع العبد في الدين» - وفي ح: «كذا»: «أو يبيع ولو كانت المولى من أكساب عبده

المأذون يبيع العبد في الدين» - وانظر الكشاف، ٧: ١٩٧.

(١١) في ب: «ولو».

(١٢) «المولى» ليست في أ وب و ح.

(١٣) «قيمة» ليست في أ و ح.

(١٤) «الفرماء ... أعتقه» ليست في ب ومكانها فراغ.

ابتداء . وعندهما : تصح الكتابة . كيفما كان ، كما يصح ^(١) الإعتاق .
 كيفما كان ^(٢) ، والكسب الذي أداه المكاتب ، إلى العبد المأذون ،
 يدفع إلى القرماء ، وإن فضل شيء فعلى مولاه ، لا إلتلاف حقهم ،
 بالإعتاق .

ولا يملك الترسى ^(٣) بمجارية من أكسابه ، لأنه لا يملك حقيقة ^(٤) .
 وليس له أن يزوج ، لأنه ليس من التجارة . فإن أذن المولى ، جاز ،
 وعليه المهر بعد العتاق ^(٥) . إن كان النكاح بغير إذن المولى . وإن كان
 بالإذن منه ^(٦) : يتعلق برقبته وكسبه ، لكن بعدما ^(٧) فضل من دين
 التجارة إن ثبت ^(٨) بإقرار المولى . فإن ثبت بالينة : تحاص ^(٩) المرأة
 القرماء بمهرها .

وليس له أن يزوج ^(١٠) عبده ، لأنه ليس من التجارة ، وفيه ضرر بالمولى .

(١) في ب : صح .

(٢) انظر الكسافي ، ٧ : ١٩٧ .

(٣) كذا في ا و ب . وفي الأصل كذا : « الترسى » . وفي « كذا » : « الشراء » . وفي
 الكسافي (٧ : ١٩٧ : ١٣) : « ولا يترسى جارية من أكسابه » . والترسى من الترس وهو
 الجماع (راجع المغرب) .

(٤) في ا : حقيقة .

(٥) في « و ا » : الإعتاق .

(٦) « مت » من ا و . وفي ب : « وإن كان الإذن يتعلق » .

(٧) في ا : « لكن ما بعد » . وفي « و » : « ولكن ما بعد » .

(٨) في ا و « : لأن الدين ثبت » .

(٩) في « و » : « تحاص » . وتحاص الترميان أو القرماء اقتسموا المال بينهم حصصا (المغرب) .

(١٠) كذا في ا و ب و « وتشبه ذلك في الأصل » .

وكذا ليس له أن يزوج أمته عندهما . وعند أبي يوسف : يملك ، لأنه تصرف نافع .

ويصح منه الإقرار ، على نفسه ، بالثمن ، والأجرة .

ولو ^(١) أقر بالعصب : < ف > إن كان معانية ، فالضمان يملق برقبته ، لأنه من التجارة معنى ، فإنه يملك به ^(٢) المصوب .

وكذلك إذا جحد المضاربة ، والوديعة - لأنه بمعنى ^(٣) العصب .

ثم إذا ثبت تعلق الدين برقبة العبد ^(٤) ، وكسبه - فإن الدين يقضى من الكسب أولا . فإن فضل من الدين شيء ^(٥) ، أو لم يكن له ^(٦) كسب أصلا ^(٧) - فإن القاضى يبيع الرقبة إذا طلبه ^(٨) الغرماء ، إلا إذا قضى المولى ^(٩) دينه .

ولا يجوز من المولى بيع العبد إلا بإذن الغرماء ، أو بإذن القاضى ، أو بأن يقضى دينهم ، لأن ملكه قائم لكنه مشغول بحق الغرماء ^(١٠) .

(١) فى ا و ح : « وإن » .

(٢) « به » ليست فى ب .

(٣) فى ا و ح : « لأشياء فى معنى » . وفى ب : « لأشياء بمعنى » .

(٤) فى ب : « برقبته » .

(٥) « من الدين شيء » من ا . وفى ب و ح : « فإن فضل شيء » .

(٦) و (٧) « له » « أصلا » من ا و ب و ح .

(٨) فى ب : « طلب » .

(٩) « المولى » ليست فى ب .

(١٠) « أو بإذن القاضى ... الغرماء » ليست فى ا و ح .

ولو أعتقه المولى ^(١) : صح ^(٢) إعتاقه ، لأنه ملكه - غير أنه ^(٣) وإن كان عليه دين أقل من قيمته يقضى ^(٤) ديونه، وإن كانت ديونه أكثر من قيمته ، غرم قيمته ، وإن كثرت : فإن فضل شيء ^(٥) عن قيمته يؤخذ العبد ^(٦) بعد العتاق ^(٧) .
و ^(٨) وإن كان المأذون مدبراً ، أو ^(٩) أم ولد ، ثم ^(١٠) أعتقه ^(١١) - جاز عتقه ^(١٢) ، ولا ضمان للفرماء ، لأن حقهم غير متعلق بهما ، لأنه لا يجوز بيعهما .
ولو أعتق عبد ^(١٣) عبده المأذون : وإن كان عليه دين مستغرق : لا يصح إعتاقه ، عند أبي حنيفة - خلافاً لهما . وإن كان غير مستغرق : يصح بالاجماع ، والمولى ضامن لقيمته ^(١٤) ، وإن كان موسراً ، وإن كان مسعراً ، فللفرماء أن يضموا ^(١٥) العبد ، ويرجع هو على المولى ، كما إذا أعتق العبد المراهون .

-
- (١) في أ و ح : « أعتق المولى العبد » .
(٢) في أ و ب و ح : « صح » .
(٣) « ملكه غير أنه » ليست في ح .
(٤) في ب : « تقضى » .
(٥) « شيء » ليست في أ و ح .
(٦) في ب : « يؤخذ الفرماء » .
(٧) في أ و ح : « الإعتاق » .
(٨) « و » ليست في ب .
(٩) في ب : « و » .
(١٠) « ثم » ليست في ح و ا .
(١١) « أعتقه » ليست في ا ، بقيا : « أو أم ولد : جاز عتقه » .
(١٢) « عتقه » من أ و ب و ح .
(١٣) « عبد » ليست في ح .
(١٤) في أ و ح : « قيمته » .
(١٥) في ح : « فالفرماء أن يضمن » .

فأما حكم الحجر - فنقول :

إن المولى يملك حجر البعد المأذون ، إذا كان حجراً مشهوراً ، بأن يشتهر ^(١) ذلك ^(٢) في السوق .

فأما إذا حجر في يته : < ف > لا يصح ، لأن فيه ضرراً بالناس وغروراً . ولو باعه ، ولا دين عليه : يصير محجوراً ، لأنه صار ملك الغير ، فلا ^(٣) تبقى ولاية الأول عليه ^(٤) .

وكذا إذا كانت ^(٥) جارية ، فاستولدها المولى : صارت ^(٦) محجوراً عليها ^(٧) ، دلالة منع المولى أم الولد عن الخروج إلى الأسواق . وإن أغمى عليه : لم يصير محجوراً ، استحساناً ^(٨) . وفي الجنون : يصير محجوراً ^(٩) .

وإذا أبق أو ^(١٠) ارتد : صار محجوراً ^(١١) . وقال أبو يوسف : لا يصير محجوراً .

(١) في أ : مشهوراً بأن أشهد . وفي ب : بأن أشهر .

(٢) ذلك من أ وب و .

(٣) ب : ملكاً لغيره ولا .

(٤) عليه من أ وب و .

(٥) ب : كاتب .

(٦) أثناء من أ وب و .

(٧) عليها من أ و ب . وفي ب : محبوسة دلالة .

(٨) (٩) انظر الهامش بعد التالي .

(١٠) في أ و ب و .

(١١) استحساناً ... أو ارتد صار محجوراً . ليست في ب .

وإذا دبر المأذون : لا يصير محجورا ، لأنه يمكنه التصرف مع التدبير :

. . .

وإذا^(١) صح الحجر : < ف > لا يملك التصرف ، بعده ، في حق المولى .
ولو أقر بشيء من حقوق الأموال : فإنه لا يلزم مولاه ، ولا يتعلق
برقبته ، لكن يؤخذ^(٢) بعد العتاق^(٣) .

وإذا كان في يده شيء من الأوكساب ، وعليه دين^(٤) : فإنه
لا يصح حجره في حقها . وليس المولى أن يستردها^(٥) ، اتعلق^(٦) حق
الفرمان به^(٧) .

ولو جنى المأذون جنايات : فإنه يقتصر فيما يجب فيه القصاص ، والدفع
أو^(٨) القداء فيما لا يجب فيه القصاص . والمأذون وغير المأذون في ذلك
سواء . وقد ذكرنا هذا في كتاب الديات ، فلا نعيد^(٩) و^(١٠) .

(١) في ح : « وإن » .

(٢) في ب : « يؤخذ » .

(٣) في ا و ح : « الإعتاق » .

(٤) وعليه دين « ليست في ا و ب و ح » .

(٥) في ب و ا : « يسترد » . وفي ح : « يسترده » .

(٦) في اكدا : « للمعلق » .

(٧) « ليست في ا و ب و ح » . ولعل الصحيح : « بها » . قال الكاساني (٧) :

٢٠٧ : ٢٣ - ٢٤ : « ولو ظهر عليه دين بالينة أو المأينة وفي يده كسب فحجره المولى :
لا يبيح للمولى على الكسب لأن حق الفرمان متعلق به » .

(٨) كذا في ح و ا : « أو » . وفي الأصل و ب : « و » .

(٩) « فلا نعيد » ليست في ا و ح . راجع إليها تقدم ص ١٧٣ - ١٨٠ .

(١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم » .

كتاب السير

قال (١) :

يحتاج إلى :

تفسير الجهاد ،

وإلى بيان كيفية فرض الجهاد ،

وإلى بيان من يفترض عليه ،

وإلى بيان ما يجب حال شهود الوقعة (٢) ،

وإلى بيان أحكام (٣) الأتقال (٤) والغنائم ،

وإلى بيان حكم الجزية (٥) ،

وإلى بيان أحكام أهل الردة .

وإلى بيان أحكام البغاة ، ونحو ذلك (٦) . . .

(١) في ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله » . وفي ا و هـ : « قال رحمه الله » .

(٢) الوقعة الصدمة في الحرب (المنجد) أى المعركة .

(٣) « أحكام » ليست في ب .

(٤) كذا في ا و ب و هـ . وفي الأصل : « الأتقال » . وسيأتى فيها بعد (م ٥٠٨ -

٥١٠) معنى القتل والنتيجة والقي .

(٥) في ا و هـ كذا : « الحرية » . وفي ب : « الحرية » . انظر المامقن التالى .

(٦) « ذلك » من ا و ب و هـ . ويلاحظ أنه عقد بابا خاصا لأخذ الجزية وحكم المرتدين وبابا خاصا لأحكام البغاة .

أما تفسير الجهاد

فهو الدعاء إلى الدين الحق، والقتال، مع ^(١) من امتنع ^(٢) عن ^(٣) القبول، بالمال والنفس - قال الله تعالى : « انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم (الآية) » ^(٤) وقال : « إن الله اشترى من المؤمنين (الآية) » ^(٥) .

وأما بيانه كيفية ^(٦) فرضه - فنقول :

إنه فرض كفاية ، لا فرض عين . ونفى ^(٧) به أنه ^(٨) إذا لم يقيم به البعض من أهل ^(٩) الثغور وغيرهم ممن هو يقرب منهم ^(١٠) ، فإنه يفرض ^(١١) على جميع الناس ، ممن له ^(١٢) قدرة عليه ، إما بالنفس أو بالمال .

(١) « مع » من ا و ب و ح - وفي الاصل : « على » .

(٢) في ب و ح : « والقتال مع الذي امتنع » . وفي ا : « والقتال مع الذين امتنعوا » .

(٣) في ب : « من » .

(٤) التوبة : ٤١ والآية : « انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل

الله ذلكم خير لكم لأنكم تعلمون » .

(٥) التوبة : ١١١ والآية : « لأن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة

يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون وعدا عليه حقا في التوراة والإنجيل والفرقان ومن أول بدئه

من الله فاستبشروا بيمينكم الذي بايتم به وذلك هو الفوز العظيم » وهذه الآية ليست في ا و ح .

(٦) « كيفية » ليست في ا و ح .

(٧) في ب : « وعن » .

(٨) « أنه » ليست في ب .

(٩) « أهل » ليست في ا و ح . انظر فيما يلي المامض ص ٥٠٠

(١٠) « ممن هو يقرب منهم » من ا و ح . انظر فيما يلي المامض ص ٥٠٠

(١١) في ا و ح : « يفترض » .

(١٢) في ا و ح : « من لهم » .

فإذا^(١) قام به البعض^(٢)، سقط عن الباقيين، لأن المقصود - و^(٣) هو دفع شر الكفرة، والدعاء إلى دين^(٤) الإسلام - يحصل^(٥) بالبعض، فما لم يتمين البعض، يجب^(٦) على الكل، وإذا تمين البعض، سقط عن الباقيين .
ولهذا قلنا - إذا كان التغير عاما: يجب على العبد أن يخرج بغير إذن المولى^(٧)، وعلى المرأة القادرة عليه^(٨) أن تخرج بغير إذن زوجها، وعلى الولد أن يخرج بغير إذن الوالدين^(٩)، أو أحدهما، إذا كان الآخر ميتا . فأما إذا قام به البعض : < > لا يجوز لهؤلاء أن يخرجوا إلا بالإذن^(١٠) .

وأما ببيان ما يجب حال شهود الوقعة - فنقول :

إذا لقي الفزاة قوما من الكفار - فإن لم تبلغهم^(١١) الدعوة أصلا، ينبغي أن يدعوهم إلى الإسلام أولا^(١٢) . فإن أبوا، فإلى الذمة^(١٣) . فإن

(١) في أو - : « فلما إذا » .

(٢) « من أهل التنوير... به البعض » ليست في ب .

(٣) « و » ليست في - و ب قتها : « المقصود هو » . انظر فيما حد المامش .

(٤) « دين » من ا .

(٥) في أو ب و - : « وذلك يحصل » . راجع فيما حتم المامش ٣

(٦) في أو - : « يجب » .

(٧) في أو ب و - : « مولا » .

(٨) « عليه » من ب و - . وفي ا : « عليها » .

(٩) في أو ب و - : « وعلى الولد (في ا والولد) بغير إذن أبويه » .

(١٠) في أو ب و - : « بإذن » .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل أو - : « يبلغهم » .

(١٢) « أولا » ليست في ب .

(١٣) في ا : « فلان أبوا ، فأداء الجزية » .

أبو فحيشند^(١) يقاتلونهم^(٢).

فأما إذا بلغتهم^(٣) الدعوة، فالأولى^(٤) البِدْءُ بالدعوة إلى الإسلام .
فإن بدأنا^(٥) بالقتال والإغارة والبيات^(٦) عليهم ، فلا بأس بذلك ، لأنه
قد توجه^(٨) عليهم الخطاب بالإيمان^(٩) ، باتفاق الأمة^(١٠) .

فإن سمع رجلا قال : « لا إله إلا الله » أو قال : « أشهد أن محمدا رسول
الله »^(١١) - فإن كان من عبدة الأوثان أو من التثوية أو من الدهرية^(١٢) :
فإنه لا يباح^(١٣) قتله لأنه أتى بالتوحيد . وإن كان من أهل الكتاب :
فإتيان الشهادتين لا يكفي^(١٤) ، ما لم يتبرأ من دين اليهودية والنصرانية .
وكذا إذا قال : « أنا مسلم » أو « مؤمن » أو « أنا »^(١٥) مصل^(١٦) ،

(١) إتمام من أ

(٢) في أو ح : « يقاتلونهم » . وفي ب : « يقاتلونهم » .

(٣) كذا في أو ب وح : « بلغتهم » . وفي الأصل : « بانهم » .

(٤) في ب كذا : « فأولا » . وفي الكسائي (١٥ : ١٠٠ : ٧) أ : « الأفضل »

(٥) في الأصل وأو ب وح : « البداية » . والصحيح : « البدء » . راجع الهامش

٩ ص ١٧ ح ١

(٦) في ب : « بدونا » . وفي الأصل وأو ح كذا : « بدوا » - (راجع المغرب)

(٧) « والبيات » ليست في ح . والبيات بالفتح الإغارة ليلا وهو اسم من بيته تبيتا وبيت
الأمر دبره ليلا وبات تأتي في الأعم الأغلب بمعنى فعل ذلك الفعل بأقل (المصباح) .

(٨) في أو ح : « وجب » . وفي ب : « وجبه » (٩) في أو ح : « الإيمان بالخطاب » .

(١٠) في ب : « بالاتفاق » . (١١) في ب : « قال : لا إله إلا الله محمد رسول الله » .

(١٢) في ح : « التثوية والدهرية » . والتثوية الذين يزعمون أن النور والظلمة أزليان قديمان
والدهرية الذين لا يثبتون مفعولا (انظر في تفصيل ذلك : انشهرستاني ، الملل والنحل) .

(١٣) في ب : « لا يطلع »

(١٤) كذا في ب . وفي الأصل : « لا يكفي » . وفي أو ح : « إتيان الشهادتين

لا يصير مسلما مالم » .

(١٥) « أنا » ليست في ب . (١٦) في الأصل وأو ب وح : « مصل » .

لأنهم يعتقدون أن دينهم إسلام^(١)، وأن لهم شرائع وصلاة .
وإذا^(٢) قال : « أنا صليت مع المسلمين بجماعة » أو^(٣) : « أنا على دين محمد » ، لا يباح قتله ، لأن ذلك دلالة بالإسلام .

. . .

ثم الغزاة لهم أن يقتلوا^(٤) : كل من كان من أهل القتال ، وكل من قاتل ، وإن لم يكن من أهل القتال في الجملة ، نحو الصبيان ، والمجانين ، والراهبين^(٥) ، والشيوخ الهرمى^(٦) . فأما إذا^(٧) لم يقاتلوا : فلا يباح قتل هؤلاء .

وأما الراهبين : < فإن كانوا لا يخاطبون الناس : فكذلك . وإن كانوا^(٨) يخاطبون الناس^(٩) أو^(١٠) يدلون على عودات^(١١) >

(١) في أ و ح : « يعتقدون دينهم الإسلام » .

(٢) في ب و ح : « وكذا إذا » .

(٣) في ب : « و » . وفي ح : « وكذا إذا صليت بجماعة أو » . وفي أ : « وإذا صليت مع المسلمين بجماعة أو قال : أنا » . وفي الأصل : « لجماعة » .

(٤) في ح : « يقاتلوا » .

(٥) في أ و ح : « والراهبان » . وفي المصباح : « والراهب عابد التصاوى من ذلك والجمع رُهبان ورجعا قيل رهابين » .

(٦) في ب : « والهرمى » . ومكتوبة في ب كذا : « والهرما » . وفي المصباح : « وشيوخ هرمى » .

(٧) في ح : « الهرمى فإذا لم » . وفي أ : « الهرمى إذا لم » .

(٨) في أ كذا : « فلا يباح قتل هؤلاء إذا لم يخاطبوا الناس وإن كانوا يخاطبوا » .

(٩) « الناس » من أ و ب و ح .

(١٠) في أ و ح : « و » .

(١١) في أ كذا : « غرات » . وفي ح كذا : « غرات » .

المسلمين^(١) : < ف > يباح قتلهم .

ولا بأس أن^(٢) يحرقوا حصونهم بالنار ، ويفرقوها^(٣) بالماء .
وينصبوا^(٤) الهجانق^(٥) على حصونهم ، ويهدمونها^(٦) عليهم ، وأن يرموها^(٧)
بالبال^(٨) ، وإن علموا أن فيهم أسارى المسلمين والتجار ، لا^(٩)
فيه^(٩) ضرورة .

وكذا إذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأُسراهم^(١٠) ، لكن ينبغي أن
يقصدوا به قتل^(١١) الكفار دون المسلمين ، لما فيه من ضرورة إقامة
الفرض عليهم^(١٢) .

ثم إذا ظفر الغزاة بهم^(١٣) ، فلا بأس بأن يقتل^(١٤) المقاتلة منهم من

(١) « المسلمين » ليست في أ .

(٢) في أ و ب و ج : « بأن » .

(٣) في ب : « ويفرقوها » . وفي أ : « وأن يفرقوها » .

(٤) في ج : « وينصبوا » . وفي أ : « وصبوا » .

(٥) في أ و ب و ج : « المنجنيق » . والهجانيق جمع منجنيق وهي التي يرمي بها الحجاج قسمة
من القارسية (الميداني على القندوري ، ٣ : ١٣١) .

(٦) في ب : « ويهدمونها » .

(٧) في أ و ج : « يرموهم » .

(٨) الببال السهام العربية (المصباح) .

(٩) في أ و ج : « عليهم » .

(١٠) كذا في ب . وفي أ : « وبأسراهم » . وفي الأصل و ج : « وبأسارىهم » .

وفي المصباح : « وجع الأسير أسرى وأسارى بالضم » .

(١١) « قتل » ليست في ب .

(١٢) « لما ... عليهم » ليست في ب . و « عليهم » ليست في ج و « افرض عليهم »

ليست في أ .

(١٣) في ب : « ظفروا بهم » .

(١٤) في أ و ج : « أن يقتلوا » .

كان مقاتلاً^(١) ، سوى الصبي^(٢) والمجنون : فإنه لا يباح قتلها^(٣) بعد الفراغ من القتال ، لانهما ليسا^(٤) من أهل القتل ليكون^(٥) جزاء على قتلها^(٦) ، إلا إذا كان الصبي أو^(٧) الممتوه ملكاً ، فلا بأس بقتلها ، كسراً لشوكتهما^(٨) ، وبإباح ، في حالة القتال ، لدفع الشر .

وأما الشيوخ ، والراهبين ، والنسوان - إذا قاتلوا : < ف. > يباح^(٩) قتلهم بعد الفراغ أيضاً ، جزاء على قتلهم^(١٠) ، إلا إذا كانت المرأة^(١١) ملكة : فيباح^(١٢) قتلها ، وإن لم تقاتل .

وينبئ^(١٣) لهم أن يخرجوا إلى دار الإسلام نساءهم^(١٤) ، وصبيانهم .

(١) « مقاتلاً » من أ .

(٢) نى ح : « سوى صبي » .

(٣) نى ب : « قتلهم » .

(٤) فى ا و ح : « لانهما ليسوا » .

(٥) « ليكون » من ا و ح .

(٦) فى ب : « من أهل القتل جزاء على قتلهم » . وفى ح كذا : « من أهل القتل يكون

جزوا على قتلهم » . ونى ا : « من أهل القتل يكون جزاء على قتلهم » .

(٧) فى ا و ب و ح : « و » .

(٨) فى ا و ب و ح : « لشوكتهما » .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لا يباح » . والصحيح ما فى المتن - انظر ابن

المهم ، ٤ : ٢٩٢ ، والكشاف ، ٧ : ١٠٦ : ١٠٠ من أسفل .

(١٠) فى ا ب و ح : « قتلهم » .

(١١) « المرأة » من أ .

(١٢) فى ا و ح : « يباح » .

(١٣) فى ح : « ينبئ » .

(١٤) كذا فى ا وفى ب : « نساءهم » . وفى ح : « نساءهم » . وفى الأصل : « ونساءهم » .

ويسترقوهم^(١)، لما فيه من منفعة المسلمين^(٢) ولا ينبغي أن يتركوهم في دار الحرب، لما فيه من ضرر بالمسلمين^(٣).

وأما الشيخ الفاني الذي لا قتال عنده، ولا <يقدر> أن يلحق^(٤) لكن يمكن أن^(٥) يفادي^(٦) به... فإن شاءوا: تركوه، وإن شاءوا^(٧): أخرجوه. على قول من يرى مفاداة الأسير^(٨) بالأسير، وعلى قول من لا يرى: يتركونه^(٩) في دارهم، لأنه لا فائدة فيه.

وكذا في السجوز^(١٠) الكبيرة التي لا تلد.

ولا ينبغي للفرقة أن يفروا^(١١) من اثنين منهم. والحاصل أن الأمر مبني^(١٢) على غالب الظن: فإن غلب في ظن^(١٣) المقاتل أنه

(١) كذا في ١. وفي الأصل وب: «ويسترقوهم». وفي ج: «ويسترقون».

(٢) في ١: «لما فيهم منفعة للمسلمين».

(٣) «ولا ينبغي... بالمسلمين» من أ وب و ج.

(٤) كذا في أ و ج. وفي ب: «يلحق». وفي الأصل: «يلحق». وفي الكسائي (٧):

١٠٢: «... وإن كان من لا يولد له ولد كالشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ولا تفاح».

(٥) «أن» ليست في ١.

(٦) في ج كذا: «يفادي».

(٧) في ب كذا: «شا».

(٨) في ج كذا: «مفاداة الأسير».

(٩) في أ و ج: «يتركوهم». وفي ب: «يتركونهم».

(١٠) في ج و أ: «السجوزة». وفي القرآن الكريم (هود: ٧٢): «قالت يا ليتني

أألد وأنا عيجوز وهذا بلى شيخاً».

(١١) في ج كذا: «إن هروا من». وفي ب كذا: «أن يفر». وفي أ: «فنازي

أن يفر من».

(١٢) في ب: «يبنى».

(١٣) في أ: «على ظن».

يطلب^(١) ويقتل : فلا بأس بأن يفر^(٢) منهم ، ولا عبرة بالعدد ، حتى إن الواحد ، إذا لم يكن معه سلاح ، فلا بأس بأن يفر^(٣) من اثنين معهما السلاح أو من الواحد الذي معه سلاح^(٤) .

. . .

ثم الفزاة هل لهم أن يؤمنوا الكفرة ؟ إن كان عندهم أن القوة^(٥) للكفرة : يجب أن يؤمنوا^(٦) حتى يتقوا^(٧) ، ثم يخبروهم^(٨) بنقض الأمان ، ويشتملوا بالقتال ، لأن الأمان^(٩) في هذه الحالة في معنى القتال .

ثم أمان الواحد الحر ، أو العبد المقاتل ، أو المرأة^(١٠) - صحيح ، بلا خلاف .

فأما أمان^(١١) العبد المحجور : فلا^(١٢) يصح عندهما ، وعند محمد

(١) « الظن بأن غلب ... يطلب » ليست في « وموضعا فيها ياض .

(٢) و (٣) في أو ح كذا : « إن فر » .

(٤) « أو من الواحد ... سلاح » من أو ح . وهي في ب إلا أن في ب : « معه السلاح » .

(٥) في ب : « الكفرة وإن كانوا عندهم القوة » .

(٦) في أو ح : « للكفرة يجوز لهم أن يؤمنوهم » .

(٧) في ب : « يتقوا » . وفي ح كذا : « يتقوا » .

(٨) في أو ح : « يخبرونهم » .

(٩) في ح : « الإمان » .

(١٠) في ب : « العبد المقاتل والمرأة » . وفي أ : « أو العبد المملوك للمقاتل أو من المرأة »

(١١) « أمان » ليست في ب .

(١٢) « فلا » من ب .

والشافعى^(١) يصح - والمسألة معروفة .

وأما أمان الصبي المراهق: <ف> لا يصح عندهم . وعند محمد: يصح .
وأجمعوا أنه لا يجوز أمان التاجر في دار الحرب ، ولا الأسير فيها ،
ولا أمان المسلم الذى لم يهاجر إلينا ، ولا^(٢) أمان الدمى المقاتل معهم ،
لا أنهم متهمون في ذلك .

فأما المسلم الحر: <ف> يستوى فيه الأعمى والمريض^(٣) والشيخ
الكبير^(٤) ، لأن هؤلاء من أهل الرأى .

. . .

ثم بعد صحة الأمان ، للإمام^(٥) أن ينقض ، إذا رأى المصلحة فيه ،
لكن يخبرهم بذلك ، ثم يقاتلهم ، حتى لا يكون تغريرا لهم^(٦) .

. . .

وكذا الجواب في المواعدة ، وهو الصلح على ترك القتال ، مدة ،
بمال أو بغير مال : تجوز من الإمام إن رأى المصلحة^(٧) ، ثم يخبرهم

(١) في ا و ب و ج ١ ٠ ٠ عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى: يصح .
وما فى المتن مثل ما فى الكاسانى (٧ : ١٠٦ : ١٧) حيث قال : « وهل يصح أمان
العبد المحجور عن القتال ؟ اختلف فيه : قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله : لا يصح .
وقال محمد رحمه الله : يصح — وهو قول الشافعى رحمه الله » .

(٢) « لا » من ا و ب و ج .

(٣) فى ١ ٠ « الأعمى المريض » .

(٤) « الكبير » ليست فى ا و ج .

(٥) فى ١ ٠ « الإمام » .

(٦) فى ا و ج : « تنزيهاً منه » ا ج . وفى ب كذا : « تنزيهاً منهم » .

(٧) فى ب : « المصلحة فيه » .

بالتنقض ، ويتنقض حتى لا يكون تفريرا^(١) . وما أخذ من المال^(٢) ،
 إن لم يتم^(٣) المدة ، يرد إليهم بقدره .
 وكذلك المودعة في حق المرتدين ، وأهل البنى : جائزة^(٤) إذا
 كان فيه مصلحة ، لأن هذا^(٥) بمنزلة الأمان^(٦) .
 وهذا إذا كان الصلح على أن يكونوا على حكم الكفر .
 ولو صالحوا ، على^(٧) أن يكونوا على أحكام المسلمين ، فإنهم
 يصيرون ذمة ، ولا يجوز لنا نقض ذلك ، كمقد الذمة^(٨) .

وأما أملاك الوثقال ، والفتائم^(٩) - فنقول < :

هنا^(١٠) ثلاثة أشياء : النفل ، والغنية ، والقي .

أما النفل : < ما خصه الإمام ، لبعض^(١١) الغزاة ، تحريضاً لهم^(١٢) >

(١) « حتى لا يكون تفريرا » من ب .

(٢) في أ : « وأما الأخذ من المال » . وفي ح : « وأما من المال ... » .

(٣) في ب : « تم » .

(٤) التاء من أوب و ح .

(٥) في أوب و ح : « هذه » .

(٦) في أ و ح : « الإمام » .

(٧) في أوب و ح : « ولو صالحناهم بمال على ... » .

(٨) في أوب : « ولا يجوز لنا أن نقض ذلك كمقد الذمة سواء » . وفي ح كذا : « ولا

يجوز لنا أن ينقض ذلك التقدي كمقد الذمة سواء » .

(٩) « والفتائم » ليست في ب .

(١٠) في أوب و ح : « هنا » .

(١١) في ح : « أما النفل حصاة الأخفال لبعض » .

(١٢) في أ : « لهم » .

على القتال ، لزيادة قوة وجرأة منهم ^(١) - بأن قال : « من قتل قتيلا فله سَلَبه ^(٢) » ، أو قال لِسْرِيَة ^(٣) : « ما أصبتم فهو لكم » ، أو قال لأحد ^(٤) معين : « ما أصبت فهو لك » - فإنه مختص ^(٥) به ، ويثبت الملك له في ^(٦) النفل ، ولا يشارك ^(٧) فيه غيره من الغزاة . والسَلَب عبارة عن ثياب المقتول ، و ^(٨) سلاحه ، التي ^(٩) معه ، ودابته التي عليها سرجها ، وآلاتها ^(١٠) ، وما عليها من الحقيبة التي فيها الأموال ^(١١) ، وما على المقتول ^(١٢) من ^(١٣) الكيس الذي فيه الدراهم ^(١٤) . فأما ما يكون مع غلامه على فرس آخر ، وأمواله التي على دابة أخرى - فذلك من الغنيمة : يشترك فيه الغزاة كلهم ^(١٥) - وهذا عندنا .

-
- (١) في ح : « وحركة منه » . وفي ا : « وجرأة منه » و « منهم » ليست في ب .
 (٢) السلب مفرد أسلاب وهو ما يسلب ، قال في «البارع » : وكل شيء على الإنسان من لباس فهو سلب (المصباح) .
 (٣) السرية قطعة من الجيش (المصباح) . وفي ا : « سرية » .
 (٤) في ا و ب و ح : « لواحد » .
 (٥) في ب : « مختص » . وفي ا و ح : « مختص » .
 (٦) في ب : « من » .
 (٧) في ا و ب و ح : « ولا يشاركه » .
 (٨) « و » ليست في ح .
 (٩) في ب : « التي » .
 (١٠) في ح : « وآلاتها » . وفي ب كذا : « وآلاتها » .
 (١١) كذا في ح . وفي الأصل و ا و ب : « من الأموال » .
 (١٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « القتال » . وفي ب : « أو ما على المقتول » .
 (١٣) « من » ليست في ا و ح .
 (١٤) في ب : « درهم » .
 (١٥) « فيه الغزاة كلهم » ليست في ح وموضعا فيها يباخر .

وعند الشافعي : السلب للقاتل ، وإن لم ينص عليه الإمام - وهي مسألة (١) معروفة .

وأما النفي : فما حصل من غير مقاتلة - فهو خاص لرسوله عليه السلام ، فيتصرف (٢) فيه رسول الله صلى الله عليه وآله كيف شاء - قال الله تعالى : « وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء » (٣) .

وأما الفنائم : فهو اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة ، بقوة (٤) الفزاة ، وقهر الكفرة (٥) ، بسبب القتال (٦) ، بإذن الإمام .

(١) « مسألة » ليست في ١ .

(٢) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « فهو خاص لرسوله عليه السلام » (وفي ا و ح : ب : لرسول الله صلى الله عليه وسلم) والخمس لأربابه المذكورين يتصرف ... النج . « وفي الكسائي مثلاً في ب . قال (٧ : ١١٦ : ١) : « وأما النفي . فهو اسم لما لم يوجب عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الأموال المبيعة بالرسالة إلى إمام المسلمين . والأموال المأخوذة على موادة أهل الحرب . ولا خمس فيه لأنه ليس بنعمة إذ هي المأخوذة من الكفرة على سبيل القهر والفتنة ولم يوجد وقد كان النفي . لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء : يختصه لنفسه ، أو يخرقه فيمن شاء » .

(٣) الحشر : ٦ وهي وما سدها ٧ : « وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير . ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله ولرسوله ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب » .

(٤) في ح كذا : « قهره » .

(٥) « وقهر الكفرة » وردت في ب في هذا الموضع . وفي الأصل و ا و ح . وردت بعد قوله الآتي : « بإذن الإمام » .

(٦) « القتال » من ا و ح . وفي ب : « القتال » .

ويتعلق بالفنائم أعظم :

منها - حكم^(١) ثبوت الحق والملك فيها - فنقول :

هذا^(٢) أقسام ثلاثة :

أحدها - أن يتعلق حق التملك^(٣) ، أو حق^(٤) الملك ، للفزاة ، بنفس
الاستيلاء والاستيلاء . ولا يثبت به الملك قبل الإحراز بدار الإسلام
عندنا^(٥) - خلافاً للشافعي : فإن عنده ، في قول^(٦) : يثبت الملك بنفس
الاستيلاء^(٧) . وفي قول^(٨) : بعد الفراغ من القتال ، وانهمزام العدو .
ويبتنى^(٩) على هذا^(١٠) الأصل فروع :

منها - أن الإمام إذا باع شيئاً من الفنائم ، لا حاجة الفزاة ، أو باع
واحد من الفزاة : فإنه لا يصح عندنا ، لعدم الملك .
وكذا لو أتلف واحد من الفزاة^(١١) في دار الحرب : فإنه

(١) « حكم » ليست في أ و ح .

(٢) في أ و ب و ح : « هذا على » .

(٣) في أ و ب و ح : « التملك » .

(٤) في أ و ح : « و » .

(٥) كذا في أ و ح . وفي الأصل : « ولا يثبت بسبب القتال بإذن الإمام عندنا » .

راجع الصفحة السابقة . وانظر الكشاف ، ٧ : ١٢١ : ١٣ وما بعده .

(٦) في قول « ليست في أ و ح » .

(٧) « والاستيلاء » . بنفس الاستيلاء « ليست في ب » .

(٨) في ح : « قوله » .

(٩) في ب : « ومبنى » .

(١٠) « هذا » ليست في أ و ح .

(١١) « فإنه لا يصح عندنا » واحد من الفزاة « ليست في أ و ح » . وفي ب : « كذا : واحداً » .

من الفزاة » .

لا يضمن (١).

ولومات واحد من الغزاة (٢) : لا يورث سهمه .

ولو لحق المدد الجيش ، قبل القسمة ، في دار الحرب : يشاركونهم في القسمة (٣) .

ولو قسم الأوامر في دار الحرب ، لا يجتهداً ولا (٤) باعتبار حاجة الغزاة (٥) : فإنه لا يصح القسمة عندنا .

وعند الشافعي : يصح (٦) بخلاف ذلك في الفصول - والمسألة معروفة .
وأما بيان ثبوت الحق - فإن (٧) الأسير إذا أسلم قبل الإحراز بدار الإسلام : فإنه لا يكون حراً . ولو أسلم قبل الأخذ : يكون حراً ، لما أنه يتعلق (٨) به حق الغزاة ، بالأخذ (٩) .

وكذلك لو أسلم أرباب الأموال قبل الإحراز ، بدار الإسلام : فإنهم لا يختصون (١٠) بأموالهم (١١) ، بل هم من جملة الغزاة في الاستحقاق .

(١) قال ابن الممّار في الفتح (٤ : ٣١٠) : « وفي النسخة : لو أناف واحد من الغزاة شيئاً من الثمن : لا يضمن ، عندنا » .

(٢) « الغزاة » ليست في ح .

(٣) في أ وب و ح : « في الثمن » .

(٤) في أ و ح : « في دار الحرب يجتهد لا باجتناب » .

(٥) أي « مجازاً غير مجتهد ولا معتد جواز القسمة » الكاساني ، ٧ : ١٢١ : ٢١ .

(٦) « يصح » من أ وب و ح وفيها : « يصح بخلاف ما ذكرنا في هذه الفصول ... » .

(٧) في أ و ح : « وبيان ثبوت الحق أن » .

(٨) في أ وب و ح : « يتعلق » .

(٩) « بالأخذ » ليست في ب .

(١٠) في ب كذا : « لا يختصون » . (١١) في ح : « أموالهم » .

بسبب الشركة في ^(١) الأحرار بدار الإسلام ، بمنزلة المدد ^(٢) .
وكذا ليس لواحد من الفزاة ، أن يأخذ شيئاً من القنائم ، من غير
حاجة ، ولو لم يثبت الحق كان ^(٣) بمنزلة المباح .
والقسم الثاني ^(٤) - بعد الأحرار ، بدار الإسلام ، قبل القسمة :
فإن حق الملك يتأكد ويستقر ، ولكن لا يثبت الملك أيضاً .
ولهذا قالوا : لو ^(٥) مات واحد منهم ، يورث نصيبه . ولو قسم
الإمام ، أو باع - جاز . ولو لحقهم مدد لا يشاركونهم ^(٦) ، ويضمن
المتلف ^(٧) ، ولكن الملك لا يثبت ، حتى لو أعتق واحد من الفزاة عبداً
من عبيد الغنيمة : لا يعتق ، لأنه لا ^(٨) يثبت الملك الخاص إلا بالقسمة .
والقسم الثالث - بعد القسمة ^(٩) : يثبت الملك الخاص ، لكل واحد ،

(١) في أ و ح : « من » .

(٢) « المدد » ليست في أ .

(٣) كذا في أ و ح . وفي الأصل وب : « فيكون » .

(٤) « الثاني » ليست في ح .

(٥) في ح : « قال : لو » . وفي ب : « ولهذا كانوا » . انظر الهامش بعد التالي .

(٦) في أ و ب : « لا يشاركون » . وفي ح : « ولو لحقهم المد ولا يشاركون » .

(٧) قال ابن الهائم في الفتح (٤ : ٣١٠) : « قال (أي في النسخة) كاتدم - راجع الهامش ص ١٢٧ » :

وبدار الأحرار بدار الإسلام يتأكد حق الملك ويستقر . ولهذا قالوا : لو مات واحد من الفزاة يورث
نصيبه . ولو باع الإمام جاز . ولو لحقهم المد لا يشاركون ويضمن المتلف . وهذا المذكور في النسخة
ماش مع ما في الميسوط .

(٨) في أ و ح : « لم » .

(٩) « بعد القسمة » ليست في ح .

فَمَا هُوَ نَصِيهِ^(١) .

فَأَمَّا حَكْمُ الطَّعَامِ وَالْعَلْفِ فِي دَارِ الْحَرْبِ - فَنَقُولُ^(٢) :

لَا بَأْسَ^(٣) بِتَنَاوُلِ الطَّعَامِ وَالْعَلْفِ ، لِمَعْمُومِ الْحَاجَةِ ، سِوَاهُ كَانَ الْمُتَنَاوُلُ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مِنْ غَيْرِ ضِمَانٍ ، لِأَنَّ^(٤) فِي إِلْزَامِ الْغَنِيِّ حِمْلَ^(٥) الطَّعَامِ وَالْعَلْفِ ، مَعَ نَفْسِهِ^(٦) ، مَدَّةَ ذَهَابِهِ وَإِيَابِهِ^(٧) وَمَقَامِهِ ، فِي دَارِ الْحَرْبِ ، حَرَجًا عَظِيمًا .

وَإِذَا كَانَ مُحَرَّرًا بِدَارِ الْإِسْلَامِ : لَا يَبَاحُ التَّأْوُلُ ، بِغَيْرِ ضِمَانٍ^(٨) . وَمَا فَضْلُ مِنَ الطَّعَامِ وَالْعَلْفِ ، بَعْدَ الْأَحْرَازِ ، قَبْلَ الْقِسْمَةِ - فَإِنَّهُ يَرُدُّ إِلَى الْغَنِيِّمَةِ إِنْ كَانَ غَنِيًّا ، وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا يَأْكُلُ بِالضَّمَانِ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ، فَإِنَّهُ يَرُدُّ عَنْهُ^(٩) إِلَى الْقَفَرَاءِ^(١٠) . وَإِنْ^(١١) بَاعَ شَيْئًا مِنْهُ ، يَرُدُّ عَنْهُ إِلَى الْمُنْعَمِ ، إِنْ كَانَ غَنِيًّا ، قَبْلَ الْقِسْمَةِ .

(١) في أ : « في نصيبه » . وفي ب : « فيما يجنيه » . وفي ج : « فيما نصيبه » .

(٢) « في دار الحرب فنقول » ليست في ج . و « فنقول » ليست في ب . انظر الهامش التالي

(٣) في ب : « في دار الحرب فلا بأس » . راجع الهامش السابق

(٤) في ج : « ولأن » .

(٥) حمل « من أ و ب و ج » .

(٦) في ب : « مع غيبته » .

(٧) في ج : « وإيابه » .

(٨) في أ و ب و ج : « من غير » .

(٩) لعل الأولى أن يقال : « رده أو قيمته » . انظر الهامش ٣ من الصفحة التالية

(١٠) « وإن كان بعد القسمة فلا » يرد عنه إلى القفرء « من ب . وفي أ و ج : « إلا أن فيها :

« إلى المنعم » . انظر في الصفحة التالية الهامش ٣

(١١) في ج : « وباع » . وفي أ : « وأباع » . وليس فيها : « لأن » . انظر الهامش بدلتالي .

وإن كان بعد القسمة : يتصدق على الفقراء . وإن كان فقيراً : يأكل^(١)
 إن كان بعد القسمة^(٢) و^(٣) .

وأما ما^(٤) سوى الطعام والعلف من الأموال -- < ف > لا يباح
 للفزاة^(٥) أن يأخذوا شيئاً منها ، لتعلق حق الكل بها^(٦) ، إلا في^(٧)
 السلاح والكراع والثياب ، عند الحاجة ؛ وإذا استغنى : يردّه إلى المنعم ،
 أو يدفع إليه بحصته من النعمة - فلا^(٨) يباح للفنى أن يفعل ذلك^(٩) ،
 بخلاف الطعام والعلف .

(١) أى ولا يضمن . انظر الهامش بعد التالي .
 (٢) «ولن باع شيئاً منه ... بعد القسمة» من ب و ا و - وانظر الهامش قبل السابق .
 (٣) قال الكشافى (٧ : ١٢٤ : ٣ وما بعده) : « ولا ينبغي أن يبيعوا شيئاً من الطعام
 والعلف وغير ذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عروض ، لأن إطلاق الانتفاع
 ولستأط اعتبار الحقوق وإلحاقها بالدم للضرورة التي ذكرها ولا ضرورة في البيع ولأن محل البيع
 هو المال المملوك وهذا ليس بمال مملوك لأن الإحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد . فإن
 باع وجب شيئاً رد الثمن لمن النعمة ، لأن الثمن يدل مال تعلق به حق الناعين ، فكان مردوداً
 لمن المنعم . ولو أحرزوا شيئاً من ذلك بدار الإسلام وهو في أيديهم ولأن (للصحيح) فإن
 كانت لم تقسم التناهم : ردها لمن المنعم لاندفاع الضرورة . ولأن كانت قد قسمت النعمة : فإن
 كانوا أغنياً ، تصدقوا به على الفقراء ، وإن كانوا فقراء انتفعوا به لتبذر قسمته على الفزاة لكثرة
 وقتله فأشبه القطة والله سبحانه وتعالى أعلم . هذا إذا كانت قائمة بعد القسمة . فإن كان انتفع
 بها بعد القسمة ، فإن كان غنياً تصدق بقيمة على الفقراء . لأنه أكل مالا لو كان قائماً ، لكان
 سبيله التصدق ، لكونه مالا يتعلق به حق الناعين وتبذر صرّه إليهم ، لفته وكثرهم ، فيقوم بدله
 مقامه ، وهو قيمته ، ولأن كان فقيراً ، لم يجب عليه شيء ، لأنه أكل مالا . لو كان قائماً ، لكان له
 أن يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم » . راجع في ذلك أيضاً : الزبائى ، ٣ : ٢٥٣ . وابن عابدن ،
 رد المحتار ، الطبعة الثالثة ببولاق ، ٣ ص ٣٣٨ ، ٢٤٠ .

(٤) « ما » ليست في ح .

(٥) في ح : « الفزاة » .

(٦) « بها » ليست في ب .

(٨) في ب و ح : « ولا » .

(٧) في ا و ح : « في حق » .

(٩) في ا و ح : « من ذلك » .

ومما - حكم كيفية قسمة الغنائم - فنقول :

يقسم على خمسة أسهم : فأربعة أسهم للفرقة ، والجلس لأربابه ، وإنما يصرف إلى المقاتلة ، يعني ^(١) به أهل ^(٢) القتال ، سواء كان شاباً أو شيخاً ، عبداً مأذوناً ^(٣) أو حراً ، بعد أن كان رجلاً مسلماً مأذوناً للقتال ^(٤) ، وسواء ^(٥) كان صحيحاً أو مريضاً .

أما الصبي العاقل ، والمرأة ، والذمي ، والعبد المحجور عن القتال - إذا قاتلوا ^(٦) ، فإنه يرضخ لهم الإمام ^(٧) شيئاً ^(٨) ، لا سهماً كاملاً ، لأنه لا يجب القتال على هؤلاء ، إلا عند الضرورة .

ثم ينظر : إن كان رجلاً فله سهم واحد ، وإن كان فارساً فله سهمان عند أبي حنيفة : سهم له ^(٩) ، وسهم لفرسه . وعندهما : له ^(١٠) ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه .

ثم يسهم للفارس ^(١١) لفرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ^(١٢) .

(١) في « ه » : « لهن » . وفي « ث » : « ذلك » .

(٢) في « ا » و « ب » : « من أهل » .

(٣) في « ب » : « أو مأذوناً » . راجع « كتاب المأذون » ص ٤٨٩ وما بعدها .

(٤) في « ا » و « ب » : « في القتال » . راجع فيما تقدم ص ٤٩٩ - ٥٠٠ .

(٥) في « ب » : « سواء » .

(٦) في « ا » : « قالوا » .

(٧) « الإمام » من « ب » . وانظر الهامض التالي .

(٨) « يرضخ لهم شيئاً قليلاً (المترب) » . و « شيئاً » ليست في « ب » .

(٩) في « ه » : « لهم » .

(١٠) « له » من « ا » و « ب » .

(١١) في « ه » : « سهم الفارس » .

(١٢) « وزفر » : ليست في « ا » .

وعند أبي يوسف : يسهم^(١) لفرسين ، ولا يسهم لما زاد على ذلك -
وهذه^(٢) المقادير تعرف بالأخبار الواردة في الباب^(٣) .

. . .

ومنها - أنه^(٤) يعتبر حال المقاتل^(٥) ، في كونه فارساً أو^(٦) راجلاً ،
في حال دخوله^(٧) دار الحرب ، في ظاهر الرواية ، إذا كان قصده الدخول
للجهاد ، حتى^(٨) إذا^(٩) كان يدخل^(١٠) تاجراً ، فإنه لا^(١١) يستحق .
ولو دخل فارساً ، لقصده الجهاد ، يستحق سهم الفرسان^(١٢) ، وإن
مات فرسه .

وعند الشافعي : يعتبر وصف المقاتل حال شهود الوقعة - والمسألة معروفة .
ولو دخل راجلاً ، ثم اشترى فرساً ، أو وهب له ، أو ورث ، أو
استعار ، أو استأجر ، وقاتل فارساً : فله سهم راجل ، لا اعتبار حال الدخول .

(١) في أ و ح : « يسهم » .

(٢) في ح : « وهو » . وفي أ : « وهذه » .

(٣) في الباب « ليست في ب » .

(٤) في ب : « أن » .

(٥) في أ و ح : « المقاتل » .

(٦) الهزة من ب .

(٧) الهاء من أ و ب و ح .

(٨) في أ و ح : « الدخول مجتهداً لقتال حق » . و « إذا كان قصده ... حق » ليست في ب .

(٩) في ح : « إنما » . وفي ب : « أن » .

(١٠) في أ و ب و ح : « دخوله » .

(١١) كذلك في أ و ب و ح . وفي الأصل يبدو « لا » كأنها مشطوبة .

(١٢) في أ : « سهم القارس » .

وروى الحسن عنه أنه له ^(١) سهم فارس .

ولو دخل فارسا ، ثم باع فرسه ، أو أجره ، أو أعاره ، أو رهنه ^(٢) أو وهبه وسلم ^(٣) : روى الحسن عن أبي حنيفة أن ^(٤) له سهم فارس ، لا اعتبار الدخول . وذكر في السير الكبير أن ^(٥) له سهم راجل ، لأنه لم يكن ^(٦) دخوله لقصد الجهاد - فاعتبر الحسن حالة الدخول بناءً على الظاهر ، واعتبر حال ^(٧) شهود الوقعة أيضا ، لأجل حقيقة القتال .

. . .

ومنها - حكم الأسرى ، فنقول :

الأمم بالخيار : إن شاء قتل ^(٨) المقاتلة منهم ^(٩) ، سواء كانوا من المشركين أو من أهل الكتاب ، من الرب أو من العجم ، لأنه قد يكون مصلحة المسلمين في قتلهم ^(١٠) ، وإن شاء ^(١١) استرقهم ^(١٢) وقسمهم <

(١) في ب : « وروى عن الحسن أن له » .

(٢) « أو رهنه » ليست في أ وب و ح .

(٣) « أو وهبه وسلم » من أ وب و ح .

(٤) « أن » ليست في أ و ح .

(٥) « أن » ليست في أ وب و ح .

(٦) في كذا : « لأنه يكن » .

(٧) في أ و ح : « حالة » .

(٨) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « قاتل » .

(٩) « منهم » من أ وب و ح .

(١٠) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « في حتم » .

(١١) « شاء » ليست في أ و ح .

(١٢) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « استرق » . . .

بين الناعمين^(١)، إلا في حق مشركي العرب : فإنهم لا يسترقون ، ولكن يقتلون^(٢) إن لم يسلموا - قال الله تعالى : « تقاتلونهم أو يسلمون »^(٣) .

فأما النساء والذراري^(٤) : « > يسترقون كلهم ، العرب والمعجم فيه سواء ، ولا يباح قتلهم ، لأنه^(٥) فيه منفعة للمسلمين^(٦) .

وليس^(٧) للأمام أن يمين على الأشرى ، فيترك^(٨) قتلهم ، لأن فيه إبطال حق المرأة ، من غير نفع يرجع إليهم .

وهل يجوز أن يترك قتلهم بالمفاداة ، بأن يفادي بهم أسرى المسلمين ؟ عند أبي حنيفة : لا تجوز المفاداة^(٩) . وعند أبي يوسف ومحمد : تجوز المفاداة بهم^(١٠) .

ولا يجوز مفاداة^(١١) أسرى الكفار بما لا يؤخذ منهم - والمسألة معروفة .

(١) كذا في ا و ب و هـ : « الناعمين » . وفي الأصل : « النائم » انظر الهامش السابق

(٢) ب : « يقتلون » .

(٣) الفتح : ١٦ والآية : « قل للمخلفين من الأعراب : سددون إلى قوم أولى بأس شديد : تقاتلونهم أو يسلمون ، فإن طغيوا يؤتكم الله أجرا حسنا ، وإن تولوا كما توليتم من قبل ينذركم عذاباً أليماً » .

(٤) جمع ذرية وهم الصغار (المصباح) .

(٥) في ا و ب و هـ : « لأن » .

(٦) في ا و هـ : « المسلمين » .

(٧) في هـ : « ليس » .

(٨) في ب : « ويترك » .

(٩) « المفاداة » ليست في ب . قال في المغرب : « والمفاداة بين اثنين - يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ نديته . وعن المبرد : المفاداة أن يدفع رجلاً ويأخذ رجلاً ، والقداء أن يشتريه . وقيل : ما بمعنى » .

(١٠) « بهم » ليست في ب .

(١١) في هـ كذا : « كمفاداة » .

ثم للإمام^(١) خيار آخر في حق أهل الكتاب ، وعبد الاوثان من المعجم : أن^(٢) يعقد معهم عقد الزمة^(٣) على أن يقلوا^(٤) الجزية ، ويترك^(٥) الأراضى في أيديهم بالحراج ، كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد^(٦) العراق في حق^(٧) مشركي المعجم .

فأما في حق مشركي العرب : < ف > لا يجوز أخذ الجزية منهم ، كما لا يجوز الاسترقاق ، فيقسم أراضهم بين^(٨) الغزاة ، لقوله عليه السلام : « لا يجتمع دينان في جزيرة العرب » .

. . .

ومنها - حكم الخمس ، فنقول :

إن^(٩) الخمس في زماننا يقسم على ثلاثة أسهم : سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل . ولم يكن ذكر^(١٠) هؤلاء الاصناف على طريق الاستحقاق ، حتى لو صرف إلى صنف منهم ، جاز ، كما في الصدقة^(١١) .

(١) في هـ : « الإمام » .

(٢) « أن » ليست في ا و هـ .

(٣) كذا في ا و ب و هـ . وفي الأصل كذا : « يعقد منهم حق الزمة » .

(٤) « يقلوا » غير واضحة في هـ ونشبه أن تكون : « يقتاد » أو « يقتلو » .

(٥) في ب : « وترك » .

(٦) الباء من ا و ب و هـ .

(٧) « حق » ليست في ا .

(٨) في ا : « من » .

(٩) « أن » ليست ا و ب و هـ .

(١٠) في ا : « ولا يكن ذكر » . وفي هـ : « ولم يذكر » .

(١١) في ا و ب و هـ : « في الصدقات » . راجع في الجزء الأول ص ٤٦٣ وما بعدها .

واختلف مشايخنا^(١) : قال بعضهم بأن في زمن النبي عليه السلام كان^(٢) يقسم على خمسة أسهم : سهم للرسول صلى الله عليه ، وسهم لأقرباء الرسول عليه السلام^(٣) : للفقراء دون الأغنياء . وقال بعضهم : يصرف إلى الفقراء والأغنياء من الأقرباء ، وثلاثة أسهم^(٤) إلى ما ذكر الله تعالى في الكتاب^(٥) . وهذا عندنا .

وعند الشافعي : يقسم على خمسة أسهم^(٦) : فسهم الرسول^(٧) يصرف^(٨) إلى كل^(٩) خليفة^(١٠) في زمانه ، وسهم ذوى القربى^(١١) يصرف إلى بنى هاشم من أولاد فاطمة وغيرها ، وثلاثة أسهم أخرى إلى ما نص الله عليهم^(١٢) .

(١) في أو ح : « المشايخ » .

(٢) « كان » من أو ح .

(٣) « عليه السلام » من أو ح . وانظر فيما يلي الهامش .

(٤) « أسهم » ليست في أو ح .

(٥) القصود قوله تعالى : « واعلموا أنما غنمنا من شيء فأن لله حصة والرسول ولذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل لأن كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير » سورة الأنفال : ٤١ - راجع الكاساني ٧٠ : ١٢٤ : ٧٠ من أسفل .

(٦) « سهم للرسول ... خمسة أسهم » ساقطة في ب .

(٧) في أو ح : « سهم للرسول عليه السلام » .

(٨) « يصرف » من أو ب و ح .

(٩) « كل » ليست في ح و ا . انظر الهامش التالي

(١٠) ق ا : « إلى خليفته » . راجع الهامش السابق

(١١) « ذوى القربى » من ب .

(١٢) « عليهم » ليست في ب . راجع فيما تقدم الهامش .

وعندنا^(١) على الوجه الذى كان ، < وقد > بقى ثابتاً^(٢) ، وهم فقراء القرابة^(٣) ، سوى سهم الرسول عليه السلام : فإنه سقط بوفاته - والمسألة معروفة .

ثم الخمس إنما يجب فيها^(٤) يؤخذ من أموال أهل الحرب ، إذا أخذ^(٥) إما بإذن الإمام ، أو^(٦) بقوة قوم لهم منعة وشوكة ، فإن الغنيمة اسم للمال يؤخذ^(٧) على طريق القهر والغلبة^(٨) : أما فى المنعة فظاهر^(٩) . وكذا إذا أذن الإمام^(١٠) لسرية أو لواحد ، حتى يدخل للإغارة^(١١) ، بخمس ما أصابه ، لأنه أخذ بقوة الإمام ومعونته والإمداد عند الحاجة . فأما إذا دخل قوم ، لا منعة لهم ، بغير إذن الإمام ، وأخذوا شيئاً : لا يجب فيه الخمس ، عندنا - خلافاً للشافعى ، وهم^(١٢) بمنزلة اللصوص

(١) « ن » فى « عندنا » ساقطة فى « .

(٢) فى ب كذا : « تى بانيا » . وفى السكاسى (٧ : ١٢٥ : ٩ : ١٠) : « و أما

عندنا على الوجه الذى كان بقى » .

(٣) فى ا و ح : « فقراء ذوى القربى » . راجع الصفحة السابقة .

(٤) « يجب فيها » من ا و ب .

(٥) « إذا أخذ » ليست فى ا و ب و ح .

(٦) « أو » ليست فى « .

(٧) فى ب : « لا يؤخذ » . وفى ا و ح : « اسم المال يؤخذ » .

(٨) « والغلبة » من ب .

(٩) فى ا و ح : « ظاهر » .

(١٠) « الإمام » من ا و ح .

(١١) فى « ب : « الإغارة » .

(١٢) فى « ب : « وهى » .

والتجار : ظفروا^(١) بمال أهل الحرب ، خفية ، وأخرجوه^(٢) - يكون ملكا^(٣) لهم خاصة ، ولا خمس فيه ، لأنه ليس بنسيئة .

هذا الذى ذكرنا حكم أموال الكفار التى أخذت منهم^(٤) .
وأما حكم أموالنا التى أخذوا من المسلمين ، بالقر والغبلة فى دار الإسلام - فقبل أن يحرزوا^(٥) بدار الحرب : لا يثبت الملك لهم . وإن أحرزوا : يثبت الملك لهم^(٦) - عندنا ، خلافاً^(٧) .

وكذا الجواب فى عبيعتنا : إذا أخذوا فى دار الإسلام .
فأما إذا أبق المبد منا ودخل دار^(٨) الحرب ، ثم أخذوه ، وأسروه : لا يصير ملكا لهم^(٩) عند أبى حنيفة - وعندهما : يملكونه^(١٠) .
وأجمعوا أنهم إذا^(١١) أخذوا مدبرينا ، ومكاتيينا ، وأمهات أولادنا -

(١) فى ا و ح : « لذا ظفروا » .

(٢) كذا فى ا و ح . وفى الأصل و ب : « وأخرجوا » .

(٣) ملكا « ليست فى ب .

(٤) منهم « ليست فى ا .

(٥) فى ا : « يخرجوا » .

(٦) لهم « من ا و ح .

(٧) فى ا و ب و ح : « عندنا وعند الشافعى : لا يثبت » . وفى الكاسانى (٧ : ١٢٧ : ٣)

من أسفل (: « وقال الشافعى رحمه الله : لا يملكونا » .

(٨) فى ب : « فى دار » .

(٩) لهم « ليست فى ب .

(١٠) يملكونه « ليست فى ح .

(١١) لذا « ليست فى ح .

أنهم لا يملكون^(١)، حتى لو وجد المالك^(٢) القديم، يأخذه من غير^(٣) شيء: قبل القسمة، وبعد القسمة، وفي^(٤) يد التاجر.

فأما كل مال ملكوه: <ف> إن وجد قبل القسمة^(٥) يؤخذ^(٦) بشيء شيء. وإن كان بعد القسمة، يؤخذ^(٧) بالقيمة. وإن وجد^(٨) في يد تاجر أخرجه إلى دار الإسلام، فإنه يأخذ بالثمن إن شاء، لأن للمالك القديم^(٩) حق التملك^(١٠) بالبدل كالشفيع - وهذا في غير المكيل والموزون - فأما في المثليات^(١١)، فلا^(١٢) يأخذ، لأنه لا^(١٣) فائدة في أن يأخذ شيئاً ويعطى مثله.

ولو أن حربياً، دخل دار الإسلام، بغير أمان: يصير شيئاً^(١٤) لجماعة

(١) في أ و ح: «لا يملكونها».

(٢) في ب: «مالك». وفي الأصل: «مالك». وفي أ و ح: «لو وجد المالك».

(٣) في أ و ح: «بغير».

(٤) في أ و ح: «ومن يده».

(٥) «وبعد القسمة ... قبل القسمة» تكرر في ب.

(٦) في أ و ح: «لأن وجوهه قبل القسمة أغنوه».

(٧) في أ و ح: «يأخذون».

(٨) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «وجده».

(٩) «القديم» ليست في أ و ح.

(١٠) في أ و ب و ح: «التمليك».

(١١) في أ و ح: «فأما في المكيلات والموزونات».

(١٢) في ح: «ولا».

(١٣) «لا» ليست في ب.

(١٤) «شيئاً» ليست في - و ا. وانظر «مقي القى» لها تقدم (ص ٥١٠)

المسلمين - حتى^(١) لو أسلم^(٢) قبل أن يأخذه واحد من المسلمين : فإنه لا^(٣) يفتى - وهذا عند أبي حنيفة . فأما عندهما : < ف > يصير ملكا للآخذ^(٤) - حتى لو أسلم قبل الآخذ : يكون حرا .

وأجمعوا أنه إذا عاد ، إلى دار الحرب ، قبل الآخذ ، ثم أسلم - يكون حرا ، لأن حق^(٥) أهل دار الإسلام لم يتأكد^(٦) عند أبي حنيفة ، وعندهما : لم^(٧) يثبت .

فإن دخل بأمان ، ثم أخذ^(٨) - يصح الأمان ، ولا يصير ملكا للآخذ^(٩) ، لكن يقول له^(١٠) الإمام : « إن رجعت قبل سنة^(١١) : فلا^(١٢) شيء عليك ، وإن مضت^(١٣) سنة : وضعت عليك الجزية وصرت ذميا - فإن ذهب قبل مضي السنة ، وإلا صار راضيا بالذمة ، ويصير ذميا^(١٤) .

(١) « حتى » ليست في أو ح .

(٢) في ح : « أسلموا » .

(٣) في أو ح : « لم » يفتى . والصحيح ما في المتن : انظر الكشاف ، ٧ : ١١٧ .

(٤) في أو ح : « للآخر » .

(٥) « حتى » ليست في أو ح .

(٦) في أو ح كذا : « يقال » .

(٧) « لم » ليست في أو ح .

(٨) في أكذا : « بأمان أخذ » . وفي ح : « بأمان أخذ » . وفي ب : « بأمان أخر » .

(٩) في أو ب وح : « لا أخذ » .

(١٠) كذا في أو ب وح . وفي الأصل : « به » .

(١١) « سنة » ليست في ب .

(١٢) في ح : « ولا » .

(١٣) في ح : « مضيت » .

(١٤) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب أخذ الجزية، وعلم المرتدين

أما ^(١) حكم الجزية - فنقول :

إن أخذ الجزية، وعقد الذمة - مشروع ^(٢) في حق جميع ^(٣) الكفار، إلا ^(٤) في حق ^(٥) مشركي العرب، المرتدين - فإنه لا يقبل منهم الجزية، كما لم يشرع فيهم ^(٦) الاسترقاق .
فأما في حق أهل الكتاب، فلقوله ^(٧) تعالى : « حتى يمضوا الجزية عن يد وهم صاغرون » ^(٨) .

وأما في حق المعجم - فبحديث ^(٩) عمر رضي الله عنه : أنه قنع سواد

(١) في أو - : « قال رحمه الله : أما » .

(٢) كذا في أو ب و - : « مشروع » . وفي الأصل : « مشروعة » .

(٣) في أو ب و - : « سائر » .

(٤) في أو - : « لا » .

(٥) « حق » من أو ب و - .

(٦) « فيهم » ليست في أو - وفي ب : « في حقهم » .

(٧) الفاء من ب .

(٨) التوبة : ٢٩ - والآية : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون

ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يمضوا الجزية عن يد وهم صاغرون » .

(٩) في أو - : « فلهديث » .

العراق ، وضرب الجزية على جماجمهم^(١) ، ووضع الخراج على^(٢) أراضيمهم .
ثم الجزية إنما تسرع^(٣) في حق المقاتلين ، من الرجال ، العقلاء ،
الأحرار ، الأصحاء - دون النساء ، والصبيان ، والمجانين ، والأرقاء ،
لأنها^(٤) تجب على من يجب عليه القتل .

ثم الجزية^(٥) على التفاوت - في حق المورس المكثّر : في كل سنة ، ثمانية
وأربعون درهما . وفي حق المتوسط^(٦) : أربعة وعشرون . وفي حق الفقير
المعتل ، أغنى القادر على العمل والكسب^(٧) : اثنا عشر درهما^(٨) - حتى
لا يجب على الزمن ، والاعمى ، والشيخ القاني^(٩) ، إذا لم يكونوا^(١٠)
أغنياء ، وإذا كانوا أغنياء^(١١) ، فكذلك^(١٢) ، في ظاهر الرواية ، لأن
هؤلاء ليسوا من أهل القتل . وعن أبي يوسف ، في رواية ، أنه يجب

(١) في ا و ح : « جاعتهم » .

(٢) على « ليست في ح » .

(٣) في ب : « شرعت » .

(٤) « نها » في « لأنها » ساقطة في ح فقراً : « والأرقاء لا تجب .. » . وفي ب : « لأنها

لا تجب » . راجع الكاساني ، ١١١ : ٧ .

(٥) الجزية « من ا و ب و ح » .

(٦) في ا و ح : « وفي المتوسط » .

(٧) « والكسب » ليست في ح » .

(٨) « درهما » من ب » .

(٩) في ا و ب و ح : « والشيخ الكبير » .

(١٠) في ح كذا : « لم يكن » .

(١١) « وإذا كانوا أغنياء » ليست في ا » .

(١٢) في ح : « وكذلك » .

على الأغنياء منهم^(١).

وعلى هذا - في التلبي^(٢) الفقير الذي لا يقدر على العمل^(٣) : لا شيء عليه، لأن الصدقة المضاعفة جزية حقيقة^(٤).

(١) في أو : « وعن أبي يوسف وعمر روايتان : أنه (١ : لا شيء) لا تجب الأغنياء (في ١ : على الأغنياء) منهم » . وفي الكشاف (٧ : ١١٦ : ٩ - ٨ من أسفل) « وروى عن أبي يوسف أنها (السلامة عن الزمانة والعمى والكبر) ليست بشرط وتجب على هؤلاء إذا كان لهم مال » .

(٢) في ح : « التلبي » وانظر الهامش بعد التالي .

(٣) « القى لا يقدر على العمل » من ب .

(٤) قال الكمال بن الهمام في فتح القدير (٧ : ٣٨٢ - ٣٨٣) : « أفرد أحكام نصارى

بني تغلب بفعل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى . وتاب بن وائل من الرب من ربيعة ، تنصروا في الجاهلية . فلما جاء الإسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه إلى الجزية ، فأبوا ، وأقروا ، وقالوا : « نحن عرب - خذ منا كما يأخذ بضعك من بعض الصدقة » فقال « لا أخذ من مشرك صدقة » ملحق بعضهم بالروم ، فقال النعمان بن زرعقة : يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأفون من الجزية ، فلا تمن عليك عدوك بهم . وخذ منهم الجزية باسم الصدقة - فبث عمر رضي الله عنه في طلبهم - وضمف عليهم ، فأجمع الصحابة على ذلك ، ثم اتفاه . وفي رواية أبي يوسف بسنده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التلبي أنه قال لعمر رضي الله عنه : « إن بني تغلب ... الحديث إلى أن قال : فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن لا ينموا أحداً من أولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤوسهم ٥١ ففى كل أربعين شاة لهم شافان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه ، وعلى هذا في البر والإبل : ثم اختلف الفقهاء : هل هي جزية على التحقيق من كل وجه أو لا ؟ فقيل : من كل وجه ، فلا يؤخذ من المرأة والصبي ، ولو كان للمرأة ماشية وتقود لا يؤخذ منها شيء . وهو رواية الحسن بن أبي حنيفة - قال الكرخي : وهذه الرواية أنيس . وهو قول الشافعي ، لأن الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فإذا صالحهم على مال جبل وانضموا مع المستحق يؤخذ قول عمر رضي الله عنه : « هذه جزية سموها ماشية » ، وقال أصحابنا : « هو وإن كان جزية في المنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذ الصالح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من الثائب ويصلى جالساً إن شاء ولا يؤخذ بتلبيبه » .

وانظر أيضاً الخراج لأبي يوسف ، ص ٦٨ - ٦٩ . وتكملة عبارات عبادة التي وردت في فتح القدير :

« لأن بني تغلب من تد علفت شوكتهم وإنهم بإزاء العدو فإن ظاهروا عليك العدو اشتدت مؤنتهم فإن رأيت أن تعطيم شيئاً فافعل - قال : فصالحهم ... الخراج ص ٦٨ . »

وكذلك إن مرض الدمى أكثر السنة : لا تجب الجزية ، لأن الصحة شرط^(١) .

وكذلك أهل الصوامع ، والرهايين ، والسياحون^(٢) : يؤخذ منهم الخراج^(٣) ، إذا كانوا ممن^(٤) يقدرّون على العمل . وعن محمد أنه لاخراج عليهم ، لأنهم لا يقتلون إذا لم يكن منهم شر ظاهر ، فلا^(٥) تؤخذ منهم الجزية .

ثم الجزية تجب زجرا لهم عن الكفر في المستقبل عند^(٦) أبي حنيفة . حتى تؤخذ منهم الجزية في السنة التي يعقد فيها الذمة^(٧) . وإذا مضت السنة لا يؤخذ ، لما مضى . وعندهما : تؤخذ ، مادام ذميا ، لما مضى .

ولقب المسألة أن الموaid^(٨) هل تؤخذ أم لا ؟ فننده :

- (١) « وكذلك ... شرط » ليست في أو ح .
- (٢) كذا في ب . وفي الأصل : « وكذلك على أهل الصنائع ... والسياحون » . وفي أو ح : « والسياحين » - وهي جمع السائح وهو الكثير السياحة (المتجد) .
- (٣) « يؤخذ منهم الخراج » ليست في أو ح . وفي ب بدلا منها : « عليهم الخراج » .
- (٤) كذا في ب . وفي الأصل : « مما » . وليست في أو ح .
- (٥) في ح كذا : « إذا لم يكن شرطا ظاهرا ولا » . وفي أ : « إذا لم يكن شرطا ظاهرا فلا » .
- (٦) في ب : « عن » .
- (٧) في أو ح : « يحق فيها مع أهل القمة » .
- (٨) في أ : « المرائد » . وفي ح : « الموaid » . وفي ب كذا : « الموaid » وفي الأصل كذا : « الموaid » . وفي الكسائي (٧ : ١١٢ : ١١٣) : « الموaid » وفي الهامش كتب : « كذا في الأصل وفي نسخة هكذا بالموايد » . وفي المغرب : « موايد الجزية : بقاياها - جمع مانيد - وهو مربر » . والقصود بالموايد بقايا الجزية حالة ما إذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها القمي . فهل تؤخذ منه الجزية لسنة الماضية ؟ عنده : لا تؤخذ لسنة الماضية . وعندهما : تؤخذ لسنة الماضية مادام ذميا وهو ما سبق في المتن (انظر الكسائي ٧ : ١١٢ : ٢٤ - وما بعده) .

لا^(١) تؤخذ ، خلافا لصاحبه^(٢) .

وأما إذا أسلم الذمي ، أو مات : تسقط الجزية عندنا ، خلافا للشافعي -
والمسألة معروفة .

وأما حكم أهل الردة - فنقول :

لهم أحكام :

من ذلك - أن الرجل المرتد يقتل ، لا محالة ، إذا لم يسلم ، ولا يسترق -
لكن المستحب أن يمرض عليه الإسلام أولاً ، فإن أسلم^(٣) ، وإلا
فيقتل^(٤) من ساعته ، إذا لم يطلب التأجيل .
فأما إذا طلب التأجيل^(٥) ، إلى ثلاثة أيام ، لينظر في أمره - فإنه
يؤجل ، ولا يزداد عليه^(٦) .

ولكن مشايخنا قالوا : الأولى أن يؤجل ثلاثة أيام ، ويحبس ،
ويمرض عليه الإسلام ، فإذا وقع اليأس ، فحيث^(٧) يقتل .
فأما^(٨) المرأة : < ف > لا تقتل عندنا . خلافاً للشافعي ، ولكنها تحبس ،
وتجبر على الإسلام ، وتضرب في كل ثلاثة أيام ، إلى أن تسلم^(٩) .

(١) « لا » من ب - راجع الهامش السابق .

(٢) في أ و ح : « لصاحبه » .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فإن أتى » .

(٤) في أ و ح : « يقتل » .

(٥) « فأما ... التأجيل » ليست في ب .

(٦) « عليه » ليست في أ و ح .

(٧) في ب كذا : « الناس حيث » . وانظر الهامش التالي .

(٨) « يؤجل ثلاثة أيام ... يقتل فأما » ليست في أ و ح .

(٩) في ب : « حتى تسلم » .

وكذا الجواب في الائمة ، إلا أن الائمة تحبس في بيت المولى ، لأن ملكه قائم ، بخلاف المرتدة المنكوحة^(١) : فإن النكاح قد^(٢) بطل بالردة . ولو لحقت بدار الحرب ، ثم ظهر^(٣) للمسلمون عليهم ، لهم أن يسترقوا المرتدة ، دون المرتد^(٤) .

فأما الصبي العاقل - إذا ارتد : فردته صحيحة عند أبي حنيفة ومحمد ، كإسلامه . وعند أبي يوسف : إسلامه صحيح ، دون ارتداده^(٥) . وعند الشافعي : لا يصح كلاهما - والمسألة معروفة . لكن لا يقتل ويعرض عليه الإسلام ، ولكن لا يحبس ، ولا يضرب ، وإذا بلغ الآن يعرض عليه الإسلام^(٦) ، جبراً ، ويحبس ، ويضرب ، لكن لا يقتل ، لأنه لا يجب

(١) « المنكوحة » من أ و ح .

(٢) « قد » ليست في ح .

(٣) في أ و ح : « ظهر » .

(٤) « دون المرتد » ليست في ب .

(٥) « دون لرداده » ليست في ت . وفي أ و ح بدلا منها : « وارتداده لا يصح » .

(٦) « ولكن لا يحبس ولا يضرب وإذا بلغ .. الإسلام » ليست في ح و أ فالبراءة

فيها كما يأتي : « ولكن لا يقتل ويعرض عليه الإسلام جبراً ، ويحبس ويضرب ولكن لا يقتل ،

لأنه لم يجب القتل بهذه الردة » . وهذا موافق في ظاهره لما في الكشاف (٥ : ١٣٤ : ٢٢)

و من ١٣٥ : ٦ من أسفل) . وفي الكنز « وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا

يقتل » (الزيلعي ، التبيين ، ٣٠ ، ص ٢٩٢) . وفي الرغزبي (المبسوط ، ١٠ : ١٢٢) :

« فأما إذا ارتد هذا الصبي العاقل ... ولذا حكم بصحة رده بآت منه امرأته ولكنه لا يقتل

استحساناً ، لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن ياتزم العقوبة في الدنيا مباشرة سببها كسائر

المقوبات . وفي ابن عابدين ما يؤيد ما في المتن ويفصل هذه البراءة التي قلناها . لذا قال (ح

٣ ، ص ٣١٦ . العلية الثالثة الأميرية) : « قوله : « ويجبر عليه بالفرب » أي والحبس كما مر -

قلنا : والظاهر أن هذا يمد بلوغه لما مر أن الصبي ليس من أهل العقوبة ولما في كافي الحاكم : وإن

ارتد التلام المرامق عن الإسلام لم يقتل ، فإن أدرك كافراً حبس ولم يقتل » .

القتل بهذه الردة .

وعلى هذا - الصبي إذا حكم بإسلامه تباعاً لأبويه ، ثم بلغ كافراً ، ولم يسمع منه الاقرار بعد البلوغ : فإنه يجبر على الاسلام ، ولكن لا يقتل أيضاً . فأما إذا سمع منه الاقرار بعد البلوغ : يقتل إذا ارتد^(١) .

والسكران - إذا ارتد في حال ذهاب عقله^(٢) : < ف > القياس أن تصح ردته^(٣) في حق الاحكام ، وفي الاستحسان : لا تصح . وإن ذهب عقله بسبب البرسام^(٤) والالغماء ، فارتد في تلك الحالة : لا تصح ردته ، قياساً ، واستحساناً - لأن الكفر لا يصح بدون قصد .

ومنها - حكم مال^(٥) المرتد ونصرفاته :

قال أبو حنيفة : إنه موقوف^(٦) : فإن^(٧) مات ، أو قتل على ردته ، أو لحق بدار الحرب^(٨) - بطل جميع ذلك ، إلا أن يدعى ولد جارية له^(٩)

(١) « إذا ارتد » من ا و ح .

(٢) ف ب : « العقل » .

(٣) ف ب : « الردة » .

(٤) قال في المصباح : البرسام داء معروف وفي بعض كتب الطب أنه ورم حاز يمرض للحجاب الذي بين الكبد والي ثم يتصل بالدماغ . قال ابن دريد : البرسام مرب .

(٥) « مال » ليست في ب .

(٦) في ح و ا : « قال أبو حنيفة : موقوف » . وفي ب : « قال أبو حنيفة : موقوفة » .

(٧) الفاء من ب .

(٨) في ا و ح زادها : « وقفى القاضى بلسانه » وسيأتي (س ٥٣٤) قوله : « لكن هل

يشترط قضاء القاضى بلسانه ؟ فيه روايتان » .

(٩) ف ب : « لم يثبت » . وعجالة الكسافي (١٣٦ : ٧) : « السطر الاسفل » : « وأجروا

على أنه يصح استيلاؤه حتى إنه لو استولوا أمته فادعى ولدها < ف > يثبت النسب وتعتبر الجارية أم ولده » .

<ف> يثبت نسبه، وتصير الجارية أم ولد له . وإن أسلم ، صح ذلك كله ، لأن ماله موقوف ، عنده ، بين أن يصير لورثته من وقت الردة ، وبين أن يبقى له إذا أسلم ، فالتصرفات المبنية عليه كذلك .

وعند أبي يوسف : تصرفاته صحيحة، مثل تصرف الصحيح .

وعند محمد : تصرفاته مثل تصرف المريض : لا تصح تبرعاته إلا من الثلث ، لأن عندها ملكه باق بعد الردة ، وإعما يزول بالموت والقتل و^(١) اللاحاق بدار الحرب .

وأما حكم مال المرتدة^(٢) وتصرفاتها: <ف> مثل قولها في المرتد^(٣) عند أبي حنيفة ، لأنها لا تقتل .

ومنها - حكم ميراث الموتد :

إذا مات ، أو قتل ، أو لحق بدار الحرب - وترك ماله في دار الإسلام : قال أبو حنيفة : فها^(٤) اكتسبه في حال الإسلام . فهو^(٥) ميراث لورثته المسلمين^(٦) ، وما اكتسبه في حال الردة^(٧) ، فهو في^(٨) .

(١) في ا و ح : « أو القتل أو » . وفي ب : « والقتل أو » .

(٢) في ح كذا : « ماله المرتد »

(٣) في المرتد « من ا و ح وفي ب : « مثل قول أبي حنيفة ... » وفي الكشاف (٧ :

١٣٧ :) : « وأما المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها ، بخلاف فتجوز تصرفاتها في مالها بالإجماع . لأنها لا تحتل ... » .

(٤) في ا و ب و ح : « ما » .

(٥) « فهو » ليست في ا و ح .

(٦) « المسلمين » ليست في ب .

(٧) في ب : « رده » .

(٨) راجع فيما تقدم ص ٥١٠ .

وعندهما : السكل ميراث .
ثم عندهما^(١) : يعتبر حال الوارث ، وقت الموت ، والقتل ، دون
الردة : < ف > إن كان^(٢) مسلماً حرّاً يرث^(٣) ، وإلا فلا .
وعن أبي حنيفة روايتان : في رواية : يعتبر حال الردة لا غير .
وفي رواية : يعتبر حال الردة والدوام إلى وقت الموت والقتل .
وكذلك إذا لحق بدار الحرب : فإنه يورث ماله ، لأن اللحاق^(٤)
بدار الحرب بمنزلة الموت .
لكن هل يشترط قضاء القاضى بلحاقه ؟ ففيه^(٥) روايتان .
ولكن^(٦) القاضى يحكم بعتق أمهات أولاده ، ومديرية^(٧) .
وأما المكاتب - < ف > إذا أدى بدل الكتابة إلى ورثته^(٨) : عتق ،
ويكون الولاء للمرتد^(٩) ، ويقوم الورثة مقامه في حق قبض بدل
الكتابة ، كما إذا مات المولى وترك مكاتباً^(١٠) .

(١) « ثم عندهما » ليست في أ و ح .

(٢) « كان » ليست في ح .

(٣) في أ و ح : « يورث » .

(٤) في ب : « الالتحاق » .

(٥) في أ و ح : « فيه » . راجع الفاض ٨ ص ٣٢٢ .

(٦) في أ و ح : « وكذا القاضى » . وفي ب : « وكذلك القاضى » .

(٧) في ح و أ : « ومديرية » .

(٨) في ب : « الورثة » .

(٩) في أ و ح : « للمرتد » .

(١٠) « مكاتباً » ليست في أ .

ولو^(١١) أن المرتد ، بعدما لحق بدار الحرب عاد^(١٢) إلى دار الإسلام مسلماً : > فإن كان قبل قضاء القاضى بلحاظه : فإله على حاله ، ولم يمتق مدبروه ومسكبيوه وأمّهات أولاده^(١٣) . وإن كان بعد القضاء^(١٤) : فما وجد من ماله ، فى يد وارثه^(١٥) ، بحاله^(١٦) - فهو أحق به ، كأنه^(١٧) وهب منه^(١٨) ، وله أن يرجع . وما زال عن ملكه ، بالتطليك أو بالانكاح^(١٩) . فلا رجوع فيه^(٢٠) .

ولاسبيل له^(٢١) على أمّهات الأولاد^(٢٢) ، والمدبرين ، ولا يفسخ^(٢٣) عتقهم^(٢٤) ، لأنه لا يحتمل الفسخ . وإن^(٢٥) وجد بدل الكتابة فى يد الورثة يأخذونه^(٢٦) ، وإلا فلا شئ . على الورثة^(٢٧) (١٦) و (١٧) .

(١) فى أو : « قال » .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل و أو : « ثم عاد » .

(٣) « وأمّهات أولاده » من ب .

(٤) فى أو : « بعد قضاء القاضى » .

(٥) فى أو ب و : « ورثته » .

(٦) فى ب : « بحال » .

(٧) فى ب : « ... بحاله أخذه لأنه أحق كأنه » .

(٨) « منه » ليست فى ب .

(٩) « فيه » من أو ب و .

(١٠) « له » من أو ب و .

(١١) فى ب : « أمّهات أولاده » .

(١٢) فى أو : « ولا يصح » .

(١٣) تقدم أن القاضى يحكم بينهم (ص ٥٣٤) - انظر أيضاً الكاسانى (٧ : ١٣٧ : ٢١)

حيث يقول : « وأما ما أعتق الحاكم من أمّهات أولاده ومدبريه » .

(١٤) فى أو : « فإن » . (١٥) الماء من أو ب و .

(١٦) فى أو : « ولا فلا » . وفى ب : « ولا ولا » .

(١٧) قال الكاسانى (٧ : ١٣٧ : ٢٢) : « وكذا المكاتب : إذا كان أدى المال للـ »

باب

أعظم البغاة^(١)

قال^(٢) :

إذا خرج طائفة على الإمام ، على التأويل ، وخالفوا الجماعة :
>فـ< إن لم يكن لهم منعة : فلا إمام أن يأخذهم ويحبسهم ، حتى
يحدثوا توبة .

وإن كانت لهم منعة : فإنه يجب على الذين لهم^(٣) قوة وشوكة ،
أن يمينوا إمام^(٤) أهل العدل ، ويقاتلوهم حتى يهزموهم ، ويقتلوهم .
و^(٥) بعد الانهزام يقتلون مدبريهم ، وأسرايهم^(٦) ، ويجوزون على جريهم .
وأصله قوله تعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن
بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله »^(٧) .

==الورثة ، لاسبيل عليه أيضا ، لأن المكاتب عتق بأداء المال ، والفق لا يحتمل الفسخ . وما
أدى إلى الورثة إن كان قائما أخذه ، وإن زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمائه كسائر أمواله لما
بيننا . وإن كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة ، وإن عجز عاد وبقائه » .

وزاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

(١) راجع فيما تقدم « البغاة » من ٢٠٦ - ٢٠٢ .

(٢) « قال » ليست في ب ، وفي ا ح : « قال رحمه الله »

(٣) في ح : « له » .

(٤) « لإمام » ليست في ح و ب .

(٥) « و » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ب و ح : « وأسراهم » .

(٧) كذا في ب . وأيضا في ا و ح . وفي الأصل أورد : « وإن ... اقتتلوا » فقط .

وهي الآية التاسعة من سورة الحجرات والآية التي بعدها : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ==

وإن عفا الإمام عن أسرائهم : فلا بأس به أيضاً .

وإن لم يكن لهم منعة يتجاوزون إليها : فليس للإمام أن يقتل أسراهم ولا مدبريهم ، ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة . ثم يخلى سبيلهم ^(١) . ثم بعد التوبة : ما أخذ الإمام من أموالهم وسلاحهم ، وهو قائم - يرد إليهم . وما استهلكوه ^(٢) ، فلا ضمان عليهم .

وكذا في جانب أهل البنى : إذا أنفقوا أموال أهل العدل .

وأصله حديث الزهري ^(٣) : أنه قال : وقعت الفتنة ، فاجتمع

أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهم متوافرون ^(٤) ، على

== فأصلحوا بينها فإن بنت أحدهما على الأخرى فتأنوا حتى تبنى حتى تمى . لى أمر الله فلن قامت فأصلحوا بينها بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين . إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون .

(١) « وإن لم يكن لهم منعة ... سبيلهم » من ب . والبراءة في الأصل : « ... فلا بأس به أيضاً إن لم يكن منعة يتجاوزون إليهم . وليس للإمام أن يقتل أسراهم ولا مدبريهم ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة ثم يخلى سبيلهم » . وفى ح : « وإن يكن منعة يتجاوزون إليهم فليس للإمام أن يقتل أسرائهم ولا مدبريهم ولكن يحبسهم حتى يحدثوا توبة فيخلى سبيلهم » . وفى ا : « وإن يكن منعة يتجاوزون إليهم . . (كما في ح) » . وفى الكاساني (٧ : ١٤٠ : ١٤١) السطر الثاني من أسفل - ١٤١ : « الإمام إذا قاتل أهل البنى فزهمهم وولوا مدبرين : فإن كانت لهم منعة يتجاوزون إليها فيبنى لأهل العدل أن يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على جرهمم ثلاثين جزوا إلى الله فيقتلوا بها فيكروا على أهل العدل وأما أسيرهم فإن شاء الإمام قتل استصلا لأتاهم وإن شاء حبسه لاندفاع شره بالأسر والمجس . وإن لم يكن لهم منعة يتجاوزون إليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهزوا على جرهمم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الأمن عن شرهم عند اندام الفتنة - انظر الهداية وفتح القدير ، ٤ : ٤١١ وما بعدها .

(٢) فى ا : « وما استهلكه » . وفى ح : « وما استهلاكه » .

(٣) تقدمت ترجمته فى المامش ٧ ص ٩١ من الجزء الأول .

(٤) كذا فى ا وب و ح . وفى الأصل : « ... أصحاب رسول الله صلى الله عليه

متوافرون » . وانظر الكاساني (٧ : ١٤١ : ١٥٠ من أسفل) وابن الممام ، ٤ : ٤١٤ .

أن^(١) كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل مال^(٢) أُلِف بتأويل القرآن^(٣) فلا ضمان فيه ، وكل فرج استيبح بتأويل القرآن^(٤) فلا حديقته ، وما كان قائماً يُرد^(٥) .

وهذا إذا أُلِفوا في حال التجبر والمنعة^(٦) .

فأما إذا أُلِفوا ملهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة ، أو بعد الانهزام- فإنهم يضمنون ، لأنهم من أهل دار الإسلام .
وهذا جواب الحكم ، وإنما نفي به أن^(٧) يضمن كل واحد من الفريقين للآخر^(٨) ما أُلِف^(٩) من الأنفس والأموال ، لكونها معصومة في هذه الحالة ، إلا بطريق الدفع .
ثم كل من^(١٠) لا يباح قتله^(١١) من أهل الحرب^(١٢) ، لا يباح قتله^(١٣)

(١) « أن » ليست في .

(٢) كذا في ا و . وفي الأصل و ب : « وكل ما أُلِف » .

(٣) و (٤) « القرآن » ليست في ا و .

(٥) كذا في ب و ب . وفي الأصل : « نرد » .

(٦) ق ب : « أُلِفوا حال المنعة والتجيز » .

(٧) في ا و ب كذا : « ... الحكم فأما نفي أنه يضمن » . وفي ب : « الحكم فأما معنى

أن يضمن » .

(٨) في ب : « الآخر » .

(٩) في ب : « وأُلِف » .

(١٠) كذا في ا و ب و ب . وفي الأصل : « ما لا يباح » .

(١١) في ب : « قتلهم » .

(١٢) « الحرب » ليست في ا و .

(١٣) في ا و ب و ب : « قتلهم » .

من أهل البنى ، إلا إذا وجد القتال^(١) من العيد والنسوان^(٢)
والشيوخ - فحيث يقاتلون في حالة القتال . وبعد الانهزام لا يباح .
ويكره أن يبعث برؤوس البغاة أو^(٣) الحربى إلى الآفاق - إلا إذا
كان في ذلك^(٤) وهن لهم^(٥) : فلا بأس به .

ثم قتلى^(٦) أهل العدل شهداء : يفعل بهم مثل ما^(٧) يفعل بالشهداء :
يكفنون في ثيابهم^(٨) ولا يغسلون ، ويصلى عليهم .
فأما قتلى أهل البنى : < ف > لا يصلى عليهم ، سواء كان لهم منعة^(٩)
أو لم يكن - وهو الصحيح . ولكن يغسلون ، ويكفنون ، ويدفنون ،
لأن هذا من شية الموتى^(١٠) .

وأما قضاء قاضى^(١١) أهل البنى بشهادة أهل البنى - < ف > لا
يصح ، لاحتمال أنه قضى بما هو باطل عندنا ، لأنهم يستحلون أموالنا

(١) فى ب : « القتال » .

(٢) فى ب : « والنساء » .

(٣) فى ب : « و » .

(٤) فى ا و ب : « فيه » .

(٥) فى ب : « لهم » .

(٦) فى ا و ب : « قتل » .

(٧) فى ب : « بهم ما يغسل » . وفى ا و ب : « بهم كما يغسل » .

(٨) فى ب : « بياهم » .

(٩) فى ا و ب و ب : « قوة » .

(١٠) فى ب : « لأن هذا من سنة الموت » . وفى ا : « لأن هذا سنة الموتى » .

وفى ب : « لأن هذا فى سنة الموتى » .

(١١) فى ا : « القاضى » .

ودماهنا ، ولا يقبل قاضى أهل المدل^(١) كتاب قاضيه^(٢) ، لما ذكرنا من الاحتمال .

ولذا تابوا ، ورجعوا ، ينظر الامام فى قضاياه : < ف > إن قضى بما هو الحق بشهادة أهل^(٣) المدل : ينقد ، وإلا فيرد الكل .
وأما إذا نصبوا قاضياً من أهل المدل^(٤) ، فإن قضاءه نافذ^(٥) ، لأن لهم شوكة^(٦) وقوة ، وأمكن^(٧) للقاضى^(٨) تنفيذ قضاياه^(٩) بقواهم^(١٠) - والله أعلم^(١١) .

(١) « لا يصح لاحتمال ... أهل المدل » ليست فى ب .

(٢) فى ا و - « كتاب قاضى أهل البنى » .

(٣) « أهل » من ب .

(٤) « المدل » ليست فى ا .

(٥) فى ا و - « قضاياه نافذة » .

(٦) فى - « شركة » .

(٧) فى ا و ب و - « فائمكن » .

(٨) فى ا و ب : « القاضى » .

(٩) كذا فى ا و ب و - وفى الأصل : « قضاياهم » .

(١٠) كذا فى ا و - وفى الأصل و ب : « بقولهم » .

(١١) فى ب : « والله أعلم بالصواب » . و « والله أعلم » ليست فى ا و - .

كتاب الشَّرب

في هذا (١) الكتاب (٢) فصلان :

أحدهما - في أحكام الشَّرب.

والثاني - في أحكام الأراضى .

أما الأول - فنقول :

إن (٣) المياه أنواع أربعة :

ماء مملوك :

وهو ما أحرز في الأواني . وحكمه حكم سائر الأملاك :

ليس لأحد فيه حق ، ولا يحل لأحد أن يأخذه (٤) ، ولا أن يشربه إلا

عند الضرورة القاتلة (٥) ، بأن أصابه العطش (٦) على وجه يهلك : < فمعه >

(١) في أ و ح : « قال رحمه الله : في هذا » و « هذا » ليست في ب .

(٢) في أ و ب و ح : « الباب » .

(٣) « إن » من أ و ب و ح .

(٤) الماء من أ و ب و ح .

(٥) في - كذا : « القاتلة » .

(٦) في أ و ح : « الضرورة القاتلة ولذا وقع العطش ... » .

يباح له^(١) الاخذ والشرب^(٢)، ولو منع صاحبه: له أن يقاتله بالسلاح حتى يتمكن من تناوله، بقدر ما يدفع به عطشه، إذا كان معه^(٣) فضل ماء عن حاجته الماسة. وفي الطعام: يباح له أن يأخذ جيرا وقهرا، ولكن لا يقاتل^(٤) بالسلاح، كما^(٥) قال بعض المشايخ.

وقال بعضهم: هذا في البئر الخاص^(٦) والنهر الخاص: فإن حق^(٧) الشفة^(٨) ثابت لكل الناس، فن منع حقه: له أن يقاتل^(٩) معه. فأما في الماء المملوك: <ف> عند الضرورة القاتلة^(١٠): يباح له^(١١) الاخذ قهرا، لكن لا يقاتل، كما في الطعام.

والثاني^(١٢):

الماء الذي يكون في البئر^(١٣) والحوض والعين المملوكة^(١٤)

(١) «له» من ا و ح.

(٢) في ا و ح: «يباح له شربه». وفي ب: «يباح الشرب».

(٣) في ا و ح: «له».

(٤) في ب: «لا يقاتله».

(٥) في ا و ب و ح: «كذا».

(٦) في ح: «خاصة».

(٧) في ح: «في حق».

(٨) في ا و ب و ح: «الشفة».

(٩) في ا و ح: «يقاتله».

(١٠) في ح: «للقاتلة».

(١١) «له» من ا و ح.

(١٢) الراوي من ا و ب و ح.

(١٣) في ب: «في النهر والبئر». وفي ا: «في البئر والنهر». وفي ح: «الذي يكون

البئر والنهر».

(١٤) «كذا» في ا و ح. وفي الاصل و ب: «المملوك».

له - فهو حق خاص له ، كالمملوك ، لكن لعامة الناس حق الشفة^(١) من هذا الماء ، حتى يشرب بنفسه ، ويأخذ الماء لنفسه ولمواشيه^(٢) ، وليس لصاحب الماء حق^(٣) المنع ، وهو معنى قوله عليه السلام : « الناس شركاء في الثلاث »^(٤) : في الماء ، والكلأ ، والنار .

ولكن لو أراد أحد أن يسقي زرعه من ذلك الماء^(٥) ، لا يجوز^(٦) له ذلك ، ويعتبه السلطان عنه . لأن هذا يبطل^(٧) حقه ، لأنه لو أطلق هذا^(٨) ، لشاركه^(٩) فيه^(١٠) كل من يمكنه سقي^(١١) أرضه منه ، فيبطل حقه^(١٢) أصلاً .

والثالث^(١٣) :

أن يكون نهرا^(١٤) مشتركا بين جماعة محصورة^(١٥) ، حتى

(١) في أ ب و ح : « الشفة » .

(٢) في ب : « ومواشيه » .

(٣) في ب : « لصاحبه حق » .

(٤) في أ ب و ح : « في ثلاث » .

(٥) « الماء » من أ ب و ح .

(٦) في ب : « ليس له » .

(٧) في أ و ح : « لأنه يبطل » .

(٨) في أ و ح : « له » .

(٩) كذا في أ و ح . وفي الأصل : « يشاركه » .

(١٠) « فيه » من أ و ح .

(١١) في أ و ح : « يسقي » .

(١٢) « لأنه لو أطلق ... فيبطل حقه » ليست في ب .

(١٣) الواو من أ ب و ح .

(١٤) كذا في أ ب و ح . وفي الأصل : « نهرا » .

(١٥) في ب : « بمحصون » . وكذا في أ و ح مع تصحيف .

يثبت الشفعة بسبب الشركة فيه - كان لهؤلاء الشركاء حق السقي بقدر
شركتهم^(١) في النهر ، وليس لغيرهم حق السقي للزراع^(٢) والأشجار .
> إنما <^(٣) لهم حق الشفعة^(٤) .

ولو أراد واحد من الشركاء أن يكرى نهراً^(٥) صغيراً ، يأخذ^(٦)
الماء من النهر المشترك ، فيسوق إلى أرض أحيائها ، ليس لها منه شرب -
ليس له ذلك^(٧) ، إلا برضا الشركاء .

وكذلك إذا أراد أن ينصب عليه رحي : ليس له ذلك ، إلا برضا
الشركاء^(٨) ، لأن بقعة^(٩) الرحي حق وملك لجماعتهم ، فإذا بني اختص^(١٠)
بتلك البقعة ، وانقطع حق الشركاء عنها^(١١) ، فيمنع . أما إذا كان موضع
الرحي ملكه ، وليس فيه ضرر بالشركاء ، بأن^(١٢) كان الماء يدير الرحي

(١) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « شركته » .

(٢) في أ و ح : « للزراعة » .

(٣) في الأصل و أ و ب و ح : « أما » . وفي الكسائي (٦ : ١٨٩ : ٢٠) :

« وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب ، وله أن يمنع من سقي
الزروع والأشجار » .

(٤) كذا في ب . وفي الأصل و أ و ح : « الشفة » - انظر الهامش السابق .

(٥) في ح : « النهر » .

(٦) في أ و ب و ح : « يأخذ » .

(٧) « ذلك » ليست في ح .

(٨) « وكذلك ... الشركاء » ليست في أ و ح .

(٩) في ح : « بقعة » .

(١٠) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « فإذا هو خص » .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل : « عنه » وليست في أ و ح .

(١٢) في أ و ح : « فإن » .

ويجري الماء على سننه في النهر - فليس لهم حق المنع ، لأن الماء مشترك بينهم . ولكل واحد منهم أن ينفع بحقه ^(١) على وجه لا يتضرر به شركاؤه .
فأما إذا كرى ^(٢) نهراً من هذا النهر ^(٣) ، وعرج ^(٤) الماء ، حتى يصل إلى الرحى الملوكة ^(٥) له ^(٦) في أرضه ، فيدير رحاه ، ثم يجري النهر من أسفله ^(٧) - ليس له ذلك ، لأن فيه ضرراً بالشركاء بقطع ^(٨) الماء عن سننه ، فيتأخر وصول حقهم إليه < م > . وينتقص في الجملة أيضاً ^(٩) .
وكذا الجواب ^(١٠) في نصب الدالية ^(١١) والسانية ^(١٢) .

والربيع ^(١٣) :

الاشهار ^(١٤) المظالم ، كالنترات والدجلة والمليحون وغيرها ^(١٥) :

- (١) كذا في اوب و - . وتبدل في الأصل مشطوبة .
- (٢) ف ب و - : « أكرى » وفي المصباح : « وكريت النهر كرىاً من باب رمى حَفَرَت فيه حفرة جديدة » .
- (٣) كذا في اوب و - . وفي الأصل : « البئر » .
- (٤) كذا في اوب و - . وفي الأصل و ب : « ويرج » .
- (٥) كذا في اوب و - . وفي الأصل : « الملوكة » .
- (٦) « له » ليست في ا و - .
- (٧) ف ب : « يجري لل نهر من أسفله » . وفي ا و - : « يجري النهر إلى أسفله » .
- (٨) كذا في ا . وفي - : « يقطع » . وفي ب : « كما يقطع » .
- (٩) راجع الكسافي ، ٦ : ١٩٠ - ١٩١ .
- (١٠) « الجواب » ليست في - . وموضعا فيها يابض .
- (١١) في المصباح : « والدالية دلو ونحوها وغشب يصنع كهيئة الصليب ويشد برأس الدلو ثم يؤخذ حبل يربط طرفه بذلك وطرفه بمخدع قائم على رأس البئر ويسقى بها فهي فاعلة بمنى منقولة والجمع دوالي وشدة القاربان وتبه الجوهرى قسرها بالمجنون » .
- (١٢) في المصباح : « السانية البئر يسى عليه أي يسقى من البئر » .
- (١٣) كذا في اوب و - . وفي الأصل : « الرابعة » .
- (١٤) في - : « أكرى » . وفي (١٩) في ب : « وغيرها » .

فلا (١) حق لأحد (٢) فيها ، على الخصوص ، بل هو حق العامة (٣) ؛
فكل (٤) من يقدر على سقى أراضيه (٥) منها : فله ذلك .
وكذا نصب الرحي والدالية ونحو ذلك .
وهذا إذا لم يكن فيه (٦) ضرر بالنهر العظيم - أما (٧) إذا كان فيه
ضرر فيمنع عن ذلك .

. . .

ثم كرى الانتهاز العظام ، على السلطان ، من مال بيت المال ، لأن
منفعتها ترجع إلى عامة الناس ، فيكون مثونة ذلك في مال العامة ، وهو
مال بيت المال (٨) .

وأما كرى النهر المشترك بين أقوام معلومين : فعليهم - واختلفوا في
كيفية ذلك :

قال أبو حنيفة : عليهم جميعاً أن يكروا من أعلاه ، فإذا جاوز أرض (٩)
رجل واحد ، دفع عنه حصته (١٠) ، ويكون الكرى على من بقى .

(١) في هـ : « ولا » .

(٢) في ب : « لأحد » .

(٣) « على الخصوص بل هو حق العامة » من ا ب و هـ . ولكن في ا : « حق للامة » .

وفي هـ : « حق للامة » بدلاً من « حق العامة » .

(٤) في هـ : « وكل » .

(٥) في ا ب : « أرضه » .

(٦) « فيه » ليست في ا و هـ .

(٧) في ا : « فإذا كان » . وفي ب و هـ : « فأما إذا كان » .

(٨) « وهو مال بيت المال » ليست في ا و هـ . وفي ب : « وهو بيت المال » .

(٩) في ب : « جاوزوا الأرض » .

(١٠) في ا و هـ : « واحد وقت حصته » . وفي ب : « وقع عنه ويكون » .

وقال أبو يوسف ومحمد: الكرى عليهم جميعا، من أوله إلى آخره،
بمخصص^(١) الشرب والأرض^(٢).

ويان ذلك أن النهر إذا كان بين^(٣) عشرة^(٤)، ولكل^(٥) واحد منهم،
عليه، أراض على السواء^(٥)، فإن الكرى، من فوهة النهر إلى أن يجاوز
شرب أولهم، بينهم^(٦)، على عشرة أسهم: على كل واحد منهم المشر،
فإذا تجاوز شرب الأول^(٧) خرج هو^(٧) من الكرى، ويكون الكرى
على الباقي^(٨)، على تسعة أسهم، فإذا تجاوز شرب^(٩) الثاني سقطت^(١٠)
عنه النفقة، ويكون الكرى على الباقي على ثمانية أسهم^(١١)؛ على^(١٢)
هذا^(١٣) الترتيب. وقالوا: إن المئونة بينهم على عشرة أسهم، من أول النهر
إلى آخره.

(١) في الأصل كذا: «مخصص» وهو صحيح.

(٢) في ب: «والأرض».

(٣) في ب: «من».

(٤) في أ و ب: «لكل».

(٥) «على السواء» من ب. ومكتوبة ليا كذا: «على السوى». وفي الكاساني (٦):
١٩٠: ١٩٠: «ولو اختلفا في قدر الشرب ولا يئنة لأحدهم تحكم الأرض، فيكون الشرب
بينهم على قدر أراضهم».

(٦) كذا في أ و ب: «شرب أولهم سهم».

(٧) «هو» ليست في أ و ب: «».

(٨) كذا في ب. وفي الأصل أ و ب: «الباقي».

(٩) في ب: «الشرب».

(١٠) في ب و ب: «سقط». وفي أ: «يسقط».

(١١) في ب تكررت عبارة: «فإذا تجاوز الشرب... ثمانية أسهم».

(١٢) في ب: «وعلى».

(١٣) «عنه النفقة... على هذا» ليست في أ و ب.

لهمما يقولان : إن^(١) لصاحب الأعلى منفعة في حفر^(٢) الأسفل ، فإنه^(٣) مسيل مائه ، كما أن لصاحب الأسفل منفعة في الأعلى ، ثم حفر الأعلى مشترك ، فكذلك الأسفل .

وأبو حنيفة يقول : إن فوهة النهر مشتركة^(٤) ، لا يتوصل^(٥) أحدهم إلى الانتفاع بشربه إلا^(٦) بحفرها . وكذا^(٧) حفر ما بعدها^(٨) ، فإذا تجاوز شرب^(٩) أحدهم ، فلا حق له في حفر ما بعد أرضه ، لأن ذلك ملك الباقي لا ملكه^(١٠) ، إنعاله حق تسيل^(١١) المائفة^(١٢) ، فكون المؤونة على المالك ، لا على صاحب الحق ، كما في مسيل الماء على سطح مملوك لغيره .

وإذا كان نهر لرجل^(١٣) بين أراض ، فاختلقوا في المسناة : قال

(١) «لأن» من ب . وفي أو ح : «بأن» .

(٢) كذا في أو ح . وفي الأصل : «في حق» وليست في ب غيبها : «في الأسفل» .

(٣) كذا في أو ب و ح . وفي الأصل : «ولاه» .

(٤) في أو ب و ح : «مشترك» .

(٥) في أو ح : «لا يتصور» .

(٦) «لأن» ليست في أ .

(٧) في أ : «فكذا» .

(٨) في أو ح : «ما بعد» .

(٩) في أو ح : «عن مشرب» . وفي ب : «عن شرب» .

(١٠) كذا في ب . وفي أ : «لأن ذلك ملك الباقي لا ملك له» . وفي ح : «لأن ذلك الباقي لا ملك له» . وفي الأصل : «لأن ذلك ملكه والباقي لا ملكه» .

(١١) في أو ح : «مسيل» .

(١٢) «مائة» ليست في أو ح . وزاد هنا في ب : «إذا لم يمتنع إلى الماء وفضل عن أرضه» .

(١٣) في الأصل و أو ب و ح : «نهر الرجل» . وفي الكسائي (٦ : ١٩١ : ١٩٩) :

«ولو كان نهر لرجل» .

صاحب الأرض^(١) «هي ملكي»، وقال صاحب النهر «هي^(٢) ملكي»، ولا يعرف أن المسألة في يد من هي، وفي تصرف من هي - قال أبو حنيفة: هي ملك صاحب الأرض، حتى إن له^(٣) أن يفرس فيها ويزرع^(٤)، ويمنع صاحب النهر عن إلقاء الطين فيها^(٥)، وعن المرور فيها - إلا أنه ليس له أن يحفر المسألة، فيسيل^(٦) ماء النهر في غير موضعه^(٧)، فيكون حق صاحب النهر في إمساكه^(٨) الماء لا غير. وعلى قولهما: إنما هي ملك صاحب النهر^(٩).

ومن^(١٠) مشايخنا من قال: إن هذا الخلاف مبنى^(١١) على أن النهر هل له حريم أم لا^(١٢)؟ فإن^(١٣) كرى رجل نهر في أرض موات ياذن السلطان^(١٤) : <ف> عند أبي حنيفة: ليس له حريم. وعندهما: له حريم -

(١) في أ و ح: «الأرض».

(٢) هي من ب و ح.

(٣) حتى إن له: ليست في ح. وفي أ: «حتى له».

(٤) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «كأن يزرع».

(٥) في أ و ح: «عليها». وفي الكسائي (٦: ١٩١: ٢٠٠): «فالمسألة لصاحب

الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله: له أن يفرس فيها <ويبقى> طينه ولكن ليس له أن يهدمها».

(٦) في ح: «فليسيل». وفي ب كذا: «فيسل».

(٧) في ح: «موضعه». (٨) في أ و ب و ح: «في حق إمساكه».

(٩) زاد في ب: «لنهر». وفي أ و ح: «... الماء لا غير حريماً للنهر» - فليس فيها:

«وعلى قولهما... النهر». (١٠) «ومن» من أ و ح. وفي ب: «من».

(١١) في ب: «يبنى». وبعبارة: «ومن قال... مبنى» ليست في ح وهو منها فيها يباح.

(١٢) في أ: «أولا». وفي ح مكتوبة هكذا: «أولى» وهو خطأ هباني من التباس.

وانظر فيما يند من ٥٥٤-٥٥٥.

(١٣) انظر الكسائي، ٦: ١٩١: ٢٢٧ وما بعده وفيه: «بأن».

(١٤) انظر فيما يند من ٥٥٣.

فكان الظاهر شاهدا لصاحب النهر عندهما ، وليس بشاهد^(١) له عند أبي حنيفة .

لكن أهل التحقيق من مشايخنا قالوا : لا خلاف أن^(٢) للنهر حرثما في أرض موات^(٣) ، فإن النبي عليه السلام^(٤) جعل للبئر^(٥) حرثما ، فيكون جملة ذلك^(٦) ، جملا^(٧) للنهر حرثما ، بطريق الأولى ، لشدة حاجة النهر إلى الحرث .

ولكن الخلاف ههنا فيما^(٨) إذا لم يعرف أن المسناة في يد صاحب النهر ، بأن كانت متصلة بالأراضي ، مساوية لها < و > لم تكن أعلى منها : فالظاهر شاهد أنها^(٩) من جملة أراضيها^(١٠) ، إذ لو^(١١) لم تكن هكذا ، لكانت أعلى ، لا لقاه^(١٢) الطين فيها^(١٣) - ونحو ذلك . وعندهما :

(١) في أ و ح : « شاهد » .

(٢) « أن » ليست في ح .

(٣) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « الموات » .

(٤) « السلام » ساقطة من أ و ح .

(٥) في ب : « النهر » .

(٦) في ب : « ذلك » . وفي ح و ا : « لذلك » .

(٧) كذا في أ و ب و ح وفي الأصل : « ذلك حرثا جملا » فليس في أ و ب و ح كلمة « حرثا » .

(٨) « فيها » ليست في ب . وفي ح : « فيها » .

(٩) في ح كذا : « شاهدا بها » .

(١٠) في ب : « أرض » .

(١١) في أ و ب و ح : « إذا لم » .

(١٢) في ح كذا : « الإلقاء » .

(١٣) في ح و ا : « عليها » .

الظاهر شاهد لصاحب النهر ، لكونه^(١) حرماً له - فوق الكلام بينهم في الترجيع .

. . .

ثم الشرب، الخاص أو المشترك، لا يجوز بيعه وهبه ونحو ذلك، إلا الوصية^(٢) . ويجرى فيه الاورث، لأنه ليس > بين مال، بل هو حق مالي <^(٣) .

فأما إذا باع تبعاً لأرضه ، جاز ، ويصير الشرب لصاحب الأرض، وإنما يدخل الشرب إذا ذكره صريحاً في البيع أو^(٤) يذكر : «إني بعت الأرض بمقوقها أو بمراقها أو بكل قليل وكثير هو لها»^(٥) ، داخل فيها وخارج منها ، من حقوقها - فحينئذ يدخل . فأما في الأجارة > فـ < يدخل الشرب من غير ذكر^(٦) ، لأن الانتفاع بالأرض المستأجرة لا يكون إلا بالله ، بخلاف البيع^(٧) .

. . .

(١) « لكونه » ليست في ا و ب و ح .

(٢) أي تجوز (انظر الكاساني ٦ : ١٩٠ : ١٣) .

(٣) « بين مال بل هو حق مالي » من الكاساني ٦ : ١٩٠ : ١٦ . وفي الأصل و ا

و ب : « لأنه ليس بمملوك » . وفي ح : « بملاك » .

(٤) في ب : « و » .

(٥) في ح : « لها » .

(٦) في ح كذا : « فمن غير ذلك » بدلا من : « من غير ذكر » .

(٧) زاد في ح : « وأما حكم الأراضي المستأجرة لا يكون إلا بالله . بخلاف البيع » .

وأما أملاك الأرضى

فهى ^(١) أنواع :

أرض ^(٢) مملوكة ^(٣) هامة - لا يجوز لأحد التصرف ^(٤) فيها، و ^(٥) الانتفاع بها، إلا برضا صاحبها.

والثانية - أرض ضرب النفع مأوفا وهى ملك صاحبها - لا تزول عنه إلا بإذاته، وتورث ^(٦) عنه إذا مات. وهذا إذا عرف صاحبها. وإن لم يعرف فعلمها حكم النقطة ^(٧).

والثالثة - الأرضى المباحة، وتسمى الموات - وهى نوعان :

أحدهما - ما يكون تبعا لبعض القرى : مرعى لمواشيهم ^(٨)، ومحتطباً لهم - فهى ^(٩) حقهم، لا يجوز للإمام ^(١٠) أن يقطعها من أحد، لأن فى ذلك ضرراً بهؤلاء. ولكن ينتفع بالحطب والقصب، التى فيها، هؤلاء، وغيرهم.

(١) فى او - : « وأما حكم الأرضى فهو » .

(٢) « أرض » ليست فى او - .

(٣) كذا فى او ب و - . وفى الأصل : « مملوك » .

(٤) فى او - : « أن يصرف » .

(٥) فى او - : « ولا » .

(٦) فى ب : « تورث » .

(٧) « وهذا إذا ... النقطة » من او - . وهى فى ب مع حذف الواو من « وهذا »

وحذف الفاء من « فعلمها » . وهى فى الكسائى (٦ : ١٩٣ : ٥ - ٦) .

(٨) كذا فى او ب و - . وفى الأصل : « مواشيهم » .

(٩) فى ب : « قفى » . وفى او - : « فهو » .

(١٠) فى - : « الإمام » .

و^(١) ليس لهم أن يمنعوها^(٢) عن غيرهم ، لأنها ليست^(٣) بملك لهم .
والحد الفاصل أن يسمع صوت الرجل من أدنى الأرض^(٤) المملوكة^(٥)
إليه ، فإلم يسمع صوته فيه فهي ليست بتابعة لقريةهم .

والنوع الثاني : ما لا يكون تبعاً لقرية من القرى - فهي على الإباحة :
من أحيائها بإذن الإمام : < ف > عند أبي حنيفة تكون ملكاً له^(٦) ،
وعندها : بغير إذن الإمام تصير ملكاً له ، ويصير^(٧) هو أحق بها من
غيره^(٨) ملكاً^(٩) .

والإحياء أن يبنى ثمة بناء ، أو^(١٠) يخفر نهرًا ، أو^(١١) يجعل للأرضى^(١٢)
مسناة ونحو^(١٣) ذلك . أما إذا وضع أحجاراً حولها وجعل^(١٤) ذلك حداً ،
فإنه لا تصير ملكاً له ، ولكن يكون هو أحق بالانتفاع بها ، يسبق^(١٥)

(١) الواو من او ح . وفي ب : « فليس » .

(٢) في او ح : « يمنعوا » .

(٣) في ح : « لا نه ليس » . وفي ا : « لا نه ليست » .

(٤) في ا : « للأرض » .

(٥) في ب : « المملوك » .

(٦) في او ب : « الإمام فهي له عند أبي حنيفة » . وفي ح : « الإمام : عند أبي حنيفة فهي له » .

(٧) في او ب و ح : « ويكون » .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل واو ح : « غيرها » .

(٩) في ح : « ملك » . وراجع فيما تقدم ص ٤٩ - ٥٥٠ .

(١٠) في او ب و ح : « و » .

(١١) في او ح : « و » . وفي ب : « فيجعل » .

(١٢) في ح : « الأرضى » .

(١٣) في ح كذا : « ويجوز ذلك » .

(١٤) « وجعل » ليست في او ح .

(١٥) في ا : « يسبق » . وفي ح كذا : « لتسبق » .

يده ، على ما روى : « منى مناخ من سبق »^(١) .

ثم في^(٢) الأراضى^(٣) المملوكة : لا شركة لأحد في الحطب والقصب منها ، وإنما لهم حق في^(٤) الكلا ، وليس لأربابها منع الغير عن ذلك ، للحديث الذى رويناه^(٥) . ولو منع عن الدخول ، يقال له : « أخرج الكلا إلى الطالب ، وإلا فتركه حتى يدخل فيحصده بنفسه^(٦) » . وهكذا المروج^(٧) المملوكة ، والأجمة المملوكة في حق الكلا والسمك ، لا^(٨) في الحطب والقصب .

ثم إذا حفر نهرا^(٩) - هل له حريم ؟ عند بعض المشايخ على الخلاف

(١) كذا في ا و ح . وفي ب : « منى مناخ لمن سبق » . وفي هامشها قال : « لله : ماء نأ مباح لمن سبق » . وفي الأصل : « الماء مباح من سبق » . وفي الكاساني : (٦ : ١٤ : ١٩٥) : « منى مباح من سبق » . وجاء في بعض كتب الحديث (الجامع الصغير ، ٤ : ٥٠٨) « منى مناخ من سبق - فلا يجوز البناء فيها لأحد ثلاثين على الحاج وهو غير مختصة بأحد بل موضع التسك ومثلها عرفة ومزدلفة - قال الملقمي : وسببه كما في ابن ماجه عن عائشة رضى الله عنها قالت : قلنا يا رسول الله : ألا ينبى لك بيتاً بمنى يظلك » - قال : لا - منى مناخ من سبق » .

(٢) « في » ليست في ب .

(٣) « في » في الأرض » .

(٤) « في » من ا و ب و ح .

(٥) « القى رويناه » : ليست في ا و ح . والحديث هو : « منى مناخ من سبق » - راجع

أول هذه الصفحة .

(٦) في ا و ح : زاد : « بالإجماع » - انظر الكاساني ، ٦ : ١٩٣ : ٦ وما بعده .

(٧) كذا في ا و ب و ح ولكن في ا و ح كذا : « المزوج » . وفي الأصل :

« المراج » . وفي الكاساني مثل ما في المتن (٦ : ١٩٣ : ٢٠) .

(٨) « في ب » : « لا » .

(٩) « في ب » : « بئرا » .

الذي ذكرنا^(١) في المسناة . وعند^(٢) بعضهم : له حريم ، بقدر ما يحتاج إليه^(٣) ، بالاتفاق ، لا لقاء الطين ونحوه .

واختلف أبو يوسف ومحمد في مقداره^(٤) : قال أبو يوسف : قدر عرض^(٥) نصف النهر من هذا الجانب ، وقدر النصف من الجانب الآخر . وقال محمد : قدر عرض^(٦) جميع النهر^(٧) من كل جانب . وكذا الاختلاف في الحوض .

فأما حريم بئر المَظَن^(٨) فأربعون ذراعاً ، بالاجماع . وحريم العين خمسائة ذراع ، من كل جانب ، بالاجماع^(٩) . واختلفوا في بئر الناضح^(١٠) : قال أبو حنيفة : أربعون من كل جانب . وقالوا : ستون ذراعاً^(١١) .

(١) في أ و ح : « ذكرناه » . راجع فيما تقدم ص ٥٤٨ - ٥٥١ .

(٢) في أ : « عند » . وفي ح : « عن » .

(٣) في ب تكررت عبارة : « عند بعض ... يحتاج إليه » .

(٤) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « في مقداره » .

(٥) و (٦) « عرض » من أ و ح .

(٧) « النهر » ليست في أ و ح .

(٨) في المصباح : المَظَن للآبل المتناخ والمتبرك ولا يكون إلا حول الماء وقال الأزهري أيضاً : عطن الآبل موضعها الذي تنحى إليه إذا شربت الشربة الأولى فتبرك فيه ثم يملأ الحوض لها ثانياً فتعود من عطنها إلى الحوض فتملأ أى تنرب الشربة الثانية وهو السَّل . (٩) « بالاجماع » من أ و ب و ح .

(١٠) في المصباح : « وضع البئر حوله من نهر أو بئر لسقى الزرع فهو ناضح لأنه ينضح السطى أى يله بالماء الذي يحمله . هذا أصله ثم استعمل الناضح في كل بئر ولكن لم يجعل الماء . وفي المنرب : « وتقولم : حريم بئر المظن أربعون ذراعاً وحريم بئر الناضح ستون - فلما أضاف ليفرق بين ما يستقى منه باليد في المظن وبين ما يستقى منه بالناضح وهو البئر » . (١١) زاد في ت : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب الأشربة

قال (١) :

يحتاج إلى : تفسير أسماء (٢) الأشربة (٣) المحرمة في الجملة ،
وإلى بيان أحكامها .

أما الأسماء

فثمانية : الخمر ، والسُّكَّر ، وتقيع الزبيب ، ونبيذ التمر ، والفضيخ ،
والبادق ، والطلاء (٤) ويسمى المثلث (٥) ، والجمهورى ويسمى أبو يوسفى (٦)
أما الخمر - فهو (٧) اسم لثي من ماء العنب بعد ما غلى واشتد وقذف
بالزبد (٨) وسكن عن التليان (٩) وصار (١٠) صافياً - وهذا (١١) عند أبى حنيفة .

(١) قال « ليست في ب . و ل ا و ح : » قال رحمه الله .

(٢) « أسماء » من ا و ح .

(٣) في ب : إلى بيان تفسير الأشربة .

(٤) في المغرب : ويقال لكل ما غفر من الأشربة طلاء على التشبيه حتى سمى به المثلث .

(٥) « ويسمى المثلث » ليست في ا و ح .

(٦) في ب : « أبو يوسفى » .

(٧) في ا و ح : « في » .

(٨) كذا في ا و ح . وفي ب : « الزبد » .

(٩) « وقذف ... التليان » غير واضحة في المصودة من الأصل .

(١٠) في ب : « فصار » .

(١١) « وهذا » من ا و ح .

وقال أبو يوسف ومحمد^(١) : إذا غلى واشتد^(٢) ، فهو خر، وإن لم يسكن من^(٣) التليان^(٤) .

وأما السكر - فهو^(٥) التي^(٦) من ماء الرطب بعدما غلى ، واشتد ، وقذف بالزبد وسكن غليانه^(٧) عنده، وعندهما : إذا غلى ولم^(٨) يسكن غليانه .
وأما نقيع الزبيب - فهو^(٩) الزبيب إذا نقع في الماء حتى خرجت حلاوته إلى الماء من غير^(١٠) طبخ .

وأما نبيذ التمر - < ف > يقع على الماء الذي^(١١) نقع^(١٢) فيه التمر ، فنخرجت حلاوته ، ثم اشتد على^(١٣) وقذف بالزبد - وهذا الاسم يقع على المطبوخ والتيء منه .

- (١) كذا في ا و ح . وفي ب : « وقالوا » . وفي الأصل : « وعندهما » .
(٢) « وقذف ... إذا غلى واشتد » سقطت في الأصل من النسخ فأضاهوا في الماء من .
(٣) في ا و ح : « من » .
(٤) زاد في ب : « وصار صافيا عندأبي حنيفة » وهي تكرار لمباراة سلت في الصفحة السابقة .
(٥) في ا و ح : « فليس » .
(٦) في ا و ب و ح : « كذا » : « التي » وفي الأصل غير منقوطة ، وفي المداية (١٥٩ : ٨) :
« التي » . وكذا في الكسائي (١١٢ : ٥) ١٢ من أسفل ؛
(٧) « وسكن غليانه » من ا و ح . وفي الكسائي (١١٢ : ٥) ١٢ من أسفل ؛
« وأما السكر فهو اسم لشيء من ماء الرطب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أولم ، يقذف على الاختلاف » .

- (٨) في - و ا : « وإن لم » .
(٩) في ا و ح : « فهو أن » .
(١٠) « غير » ساقطة في ا و ح .
(١١) « الماء الذي » من ا و ب و ح .
(١٢) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « أفتح » .
(١٣) « وغلى » من ا و ب و ح .

وأما التفضيخ - فهو ^(١) البسر ^(٢) إذا خرج منه الماء ، وغلى ، واشتد ، وقذف بالزبد - وذلك بأن يكسر ويدق : يسمى ^(٣) فضيخا ^(٤) لأنه يفضخ أى يكسر ويرض .

وأما البافق - فهو اسم لما ^(٥) طبخ أدنى طبخ ^(٦) من ماء العنب حتى ذهب ^(٧) أقل من الثلثين ^(٨) ، سواء كان أقل من الثلث أو ^(٩) النصف ، أو طبخ أدنى طبخه ^(١٠) بعد ما صار مسكرا ^(١١) وسكن عن ^(١٢) الغليان .
وأما الطلاء - فهو اسم للثلاث ، وهو المطبوخ من ماء العنب ، بعد ما ذهب ثلثاه ، وبقي الثلث ، وصار مسكرا .

وأما المجهورى - فهو الطلاء الذى يلقى فيه الماء حتى يرق ويعود إلى المقدار الذى كان في الأصل ، ثم طبخ ^(١٣) أدنى طبخه وصار مسكرا ^(١٤) ،

(١) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : وهو « .

(٢) فى المصباح : البسر من ثمر النخل مروف .

(٣) فى ب : يسمى « . وفى ح : يسمى « .

(٤) فى المصباح : التفضيخ كسر التى . الأجوف وضعت رأسه ضربته فخرج دماغه .

(٥) فى ح : « ماء » .

(٦) « أدنى طبخ » من ا و ح . وفى فى الكاسانى (٥ : ١١٧ : ٨) .

(٧) « حتى ذهب » من ا و ح .

(٨) فى ا و ح : « ثلثيه » .

(٩) فى ح : « و » .

(١٠) فى ا و ح : « طبخ » .

(١١) فى ح : « أو » : « أو » .

(١٢) فى ا و ح : « من » .

(١٣) فى ب : « يطبخ » .

(١٤) « وأما المجهورى ... مسكرا » ليست فى ا و ح .

هذا بيان الأشماء .

أما بيان الأصنام - فنقول :

أما الحجر فلهذا أصنام ستة :

الأول - تحريم شرب^(١) قليلها وكثيرها^(٢) .

ويحرم الانتفاع بها للتداوى وغيره . لكن عند أبي حنيفة : ما لم تسكن من الفليان يباح شربها ، وعندها : إذا صار مسكرا يحرم شربه^(٣) وإن لم يسكن من الفليان - قال^(٤) عليه السلام : « حرمت الخمر^(٥) لعينها : قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب » .

والثاني - تكفير^(٦) جاحد حرمتها - لأن حرمتها^(٧) ثبتت^(٨) بنص الكتاب^(٩) .

والثالث - يحرم تملكها ، وتملكها^(١٠) ، بسبب الملك ، من البيع

(١) كذا في ب . وفي الأصل : « شربه » .

(٢) في هـ : « الأول - يحرم شربها قليلا وكثيره » . وفي ا : « الأول - أنه يحرم شربها

قليلها وكثيرها » . وفي ب : « الأول أنه يحرم شرب قليله وكثيره » .

(٣) « يحرم شربه » من ب . وفي ا و هـ : « حرم شربه » .

(٤) في ا : « لبيان الحرمة قوله عليه السلام » . وفي هـ : « لبيان الحرمة لقوله » .

(٥) في ب : « الخمر » .

(٦) في ا و ب و هـ : « يكفر » .

(٧) « لأن حرمتها » من ا و ب و هـ .

(٨) كذا في ا و هـ . وفي الأصل و ب : « ثبت » .

(٩) في ا و هـ : « بنص كتاب الله تعالى » . وفي ب : « بكتاب الله تعالى » .

(١٠) في ب كذا : « تحريم تملكه وتملكه » . وفي ا : « يحرم تملكها والتملك » .

وفي هـ : « يحرم تملكها والتملك » .

والهبة وغيرها مما^(١) للعباد فيه صنع^(٢).

والرابع - هي^(٣) نجسة^(٤) نجاسة غليظة، حتى إذا أصاب^(٥) الثوب أكثر من قدر الدرهم، يمنع جواز الصلاة - لقوله تعالى: «رجس من عمل الشيطان».

واغصص - يجب الحد بشرب قليلها^(٦) وكثيرها؛ بإجماع^(٧) الصحابة عليه. والسادس - يجب فيه الحد^(٨)، مقدرا بثمانين سوطاً في حق الأحرار، وفي حق العبيد نصف ذلك.

. . .

وأما حكم السكر^(٩) وقبيح الزبيب، والتمر من غير طبخ، والفصبيخ والبالاق - <ف> واحد، وهو أنه^(١٠) يحرم شرب قليلها وكثيرها، لكن هذه الحرمة دون حرمة^(١١) الخمر، حتى إن من جحد حرمة^(١٢) هذه الأثربة لا يكفر، بخلاف الخمر.

(١) في ب: «بما».

(٢) «ما للعباد فيه صنع» من أ و ح. وهي في ب مع الاختلاف سالف الذكر.

(٣) في أ و ح: «أثما».

(٤) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «نجس».

(٥) كذا في أ و ب و ح. وفي الأصل: «أصاب».

(٦) في ب: «الحد على قليلها».

(٧) في أ و ب و ح: «لإجماع».

(٨) «الحد» ليست في أ و ح.

(٩) في أ و ح: «وهو».

(١٠) في أ و ح: «أن».

(١١) «حرمة» ليست في ب.

(١٢) «حرمة» ليست في ب و ح.

وكذا لا يجب الحد بشرب^(١) قليلها ، وإنما يجب الحد بالسكر^(٢) .
وقال بعض الناس بإباحة هذه الأثرية ، مثل بشر المريسى^(٣) .
وغيره - لورود الأخبار في إباحة شربها .
واختلفت الروايات^(٤) في النجاسة^(٥) : < ف > في رواية عن أبي
حنيفة أنه نجس العين كالخمر ، < ويمنع من جواز الصلاة ما كان >^(٦)
مقدرا^(٧) بأكثر من قدر الدرهم ، وفي رواية : طاهر . وعن أبي
يوسف أنه اعتبر فيه^(٨) الكثير القاحش .
وأما بيع هذه الأثرية و^(٩) تملكها : < ف > جائز عند أبي حنيفة .
وعند أبي يوسف ومحمد : لا يجوز ذلك^(١٠) - فهما يقولان إن المال ما يباح

(١) ق ب : « لشرب » . وفي أ و ح : « حد شرب » .

(٢) ق ب : « السكر » .

(٣) « بشر » من أ ب و ح . وقد وقع تصحيف في اسم ق ب . وهو بشر بن غياث
المريسى نسبة إلى قرية « مريس » بمصر وقد أدرك مجلس أبي حنيفة ، وأخذنا عنه عن أبي يوسف
وبرع فيه . وكان ذا ورع وزهد ، ولكنه اشتهر بلم الكلام والفلسفة ، وقد حرر القول بخافي
القرآن . وله تصانيف وروايات كثيرة عن أبي يوسف . وفي المذهب أقوال غريبة منها جواز أكل
الجمار . وقد كفره البعض . وإليه تنسب الطائفة من المرجئة المسماة « المرسية » . وقيل لأن والده
كان يهودياً قصاراً صباغاً . وقد توفي سنة ٢٢٨ وقيل سنة ٢١٨ وقيل سنة ٢١٩ هـ . (الفوائد البينة) .
راجع الهامش ٢ ص ٣٥٩ من الجزء الأول .

(٤) ق ب أ ب و ح : « الرواية » .

(٥) ق ب أ و ح : « في نجاستها » .

(٦) مقتبس من الكاساني ١١٥ : ٥٠ - ٢١ .

(٧) كذا في ق ب . وفي الأصل و أ و ح : « مقدار » . راجع الهامش السابق

(٨) ق ب : « منه » .

(٩) الروا من أ ب و ح .

(١٠) « ذلك » من ب .

الانتفاع به ، حقيقة وشرعاً ، وهذه الأثرية لا يباح شربها ولا الانتفاع بها شرعاً ، فلا تكون مالا ، كالحُر . وأبو حنيفة يقول : إن الأخبار تارضت في هذه الأثرية ، في الحل والحرم^(١) ، فقلنا بحرمه الشرب احتياطاً ، ولا تبطل المألة الثابتة في الحالة الأولى ، احتياطاً ، لأن الاحتياط لا يجري في إبطال^(٢) حقوق الناس .

وأما حكم الطهارة^(٣) حكم مطبوخ النمر ، والزبيب ، أدنى طبخ^(٤) ، على السواء^(٥) - فالقليل منه حلال طاهر ، والمسكر^(٦) حرام ، وهو القدح الذي يسكر . فإذا^(٧) سكر يجب عليه الحد . ويجوز يمه ، وتعليكه ، ويضمن^(٨) متلفه - وهذا في قول^(٩) أبي حنيفة وأبي يوسف . وعن^(١٠) محمد وروايتان : في رواية أنه حرام شربه ، لكن^(١١) لا يجب الحد ما لم يسكر^(١٢) - وهو قول الشافعي .

(١) في هذه الأثرية في الحل والحرم « ليست في » . وموضها فيها ياض .

(٢) في أ و ح : « لأن الاحتياط أن لا يجرم ، سيما في عدم إبطال » .

(٣) « و » ساقطة من أ و ح .

(٤) في أ و ب و ح : « طبخه » .

(٥) في ح : « على سواء » - راجع في معاني تلك الألفاظ ص ٥٥٧ وما بعدها

(٦) في أ و ح : « كذا » : « والسكر » .

(٧) في أ و ب و ح : « ولذا » .

(٨) في ب : « وتضمن » .

(٩) في ب و ح : « وهو قول » .

(١٠) في ب : « وعند » .

(١١) في ب : « شربه حرام لكن » .

(١٢) في ب : « ما لم يسكر » .

وفي رواية - قال : لا أحرمه ^(١) ، ولكن لا ^(٢) أشرب منه .
والصحيح قولهما ، باتفاق ^(٣) عامة الصحابة على إباحة شربه ، حتى
إن عند أبي حنيفة ^(٤) هذا من علامة مذهب السنة والجماعة ، حتى سئل
عنها ، فقال : السنة أن تفضل الشيخين وتحب الحنتين - إلى أن قال : ولا تحرم
نبيذ ^(٥) الجر ^(٦) .

. . .

ثم ^(٧) ماسوى هذه الاشربة مما يتخذ من الخنطة ، والشعير ، والذرة ،
والسكر ، والقانيد ^(٨) ، والعسل ، والتين - فهي مباحة ^(٩) ، وإن سكر
منها ، ولا حد على من سكر منها ^(١٠) - هذا ^(١١) هو الصحيح من الرواية .
لأن هذه من ^(١٢) جملة الاطعمة ، ولا عبرة بالسكر ، فإن في بعض

(١) في - : « ويدرواية : لا أحرمه » . وفي ا : « وفي روايته : لا أحرمه » .

(٢) « لا » ليست في ا و - .

(٣) في ا و ب و - : « لاتفاق » .

(٤) في ب : « حتى عند أبو حنيفة » .

(٥) « نبيذ » ليست في ا و - .

(٦) في - : « الجز » . وفي الكسانى (١ : ١١٧ : ٥) : « نبيذ الجر » . والجر جمع
جرة وهي الإناء المعروف مثل تمر وتمر ويضمهم يحمل الجر لانة في الجرة (المصباح) . وقال صاحب
السنانة (٨ : ١٦٦) : « جوز أكثر أهل العلم الاتخاذ في الدواء وهو القرح والخنث وهو جراد
جر أو خضر يحمل فيها الجر إلى المدينة » .

(٧) في ا و - : « وأما » .

(٨) في ا و ب و - : « والقانيد » .

(٩) كذا في ا و ب و - . وفي الاصل : « مباح » .

(١٠) « منها » ليست في ا و - .

(١١) « هذا » ليست في ب .

(١٢) « من » ليست في - .

البلاد قد يسكر المرء من الخبز^(١) ونحوه ؛ والبنج يسكر^(٢) ، ولبن
الرمكة^(٣) يسكر^(٤) .

ودروى الحسن عن أبي حنيفة أن السكر منه حرام ، كما في المثلث ،
ولكن إذا سكر منه ، لا حد فيه^(٥) ، بخلاف المثلث^(٦) .

ثم حد السكر الذى يتعلق به وجوب الحد ، والحرمة ، عند أبي
حنيفة - أن^(٧) يزول عقله بحيث لا يفهم شيئا .

وعندهما : إذا كان^(٨) غالب كلامه الهذيان .

فما قاله^(٩) أبو حنيفة غاية^(١٠) السكر ، فاعتبر الكمال فى دره الحد ،
ولو كان الخمر فيها حموضة غالبية ، و^(١١) فيها طعم المرارة ، لكنه مغلوب ،
فإنه لا يحمل ما لم يزل من كل وجه .

وهما اعتبرا الغالب ، فيحل عندهما .

(١) فى : « المومن الخبز » . وفى ا : « وقد نسكر المرأة من الخبز » .

(٢) « يسكر » ليست فى ا .

(٣) الرمكة : اللهرس أو البرذوة تتخلل لسل (المتجد) . وفى المصاح : الرمكة الأنقى من البراذين .

(٤) فى ب : « يسكر » .

(٥) فى : « عليه » .

(٦) المثلث هو الطلاء كما تقدم (راجع ص ٥٥٧ و ٥٥٩) .

(٧) فى : « لى أن » .

(٨) « كان » ليست فى : .

(٩) فى ب : « قال » .

(١٠) فى ب : « فهو » .

(١١) « و » ليست فى : .

ويحرم على الأثب أن يسقى الصبيان خمرًا ، وعليه الأثم في الشرب .
وكذلك لو سقى الدواب حتى سكرت ، ثم ذبحها : لا يحرم أكل
لحمها ^(١) .

ولو وقعت ^(٢) فيها الخطئة ، ثم غسلت ، حتى زال ^(٣) طعمها ورائحتها ^(٤) :
يحل أكلها .
ولو ألقى في الحمر ^(٥) علاجا ^(٦) من الملح ، والسمك ، والبيض ،
والحل ، حتى ^(٧) صارت ^(٨) حامضًا ^(٩) : يحل شربها عندنا ، وصارت خلا ^(١٠) .
وعند الشافعي : لا يحل . ولقب المسألة أن تحليل الحمر بالعلاج : هل يباح
أم لا ^(١١) ؟ .

-
- (١) كذا في - . وفي الأصل : « ثم ذبح لا يحرم أكله » . وفي ب : « ثم ذبح لا يحرم
أكل لحمه » . وفي ا : « ثم ذبحت لا يحرم أكل لحمها » .
(٢) كذا في ا و - : « قتت » . وفي الأصل و ب : « أقت » .
(٣) كذا في ا و ب و - . وفي الأصل : « زالت » .
(٤) في - : « ومن رائحتها » . وفي ا : « وأريحتها » .
(٥) « الحمر » ساقطة في ا .
(٦) في ا و - : « علاج » . وفي ا : « في علاج » - انظر الهامش السابق .
(٧) « حتى » ليست في - .
(٨) التاء من ا و ب و - .
(٩) في ب كذا : « حامض » .
(١٠) في ا و ب و - كذا : « خلا » .
(١١) « ولقب المسألة ... أم لا » من ا . وفي ب مع قمت « أم لا » في ب ،
وقمت « أن » في - .

ولو قل (١) الحجر (٢) من الظل إلى الشمس ، ومن الشمس إلى الظل (٣) ،
حتى يصير حامضاً - تحمل عندنا (٤) ، ولشافمي (٥) فيه قولان - والمسألة
معروفة . والله أعلم .

(١) في ا : « قلت » . وفي - كذا : « تلب » .

(٢) « الحجر » ليست في ب .

(٣) « ومن الشمس إلى الظل » من ا . وفي - و ب : « ومنها إلى الظل » .

(٤) في ا و ب و - : « تمتد بحمل » .

(٥) كذا في ب . وفي ا و - : « عند الشافمي » . وفي الاصل : « وه » .

كتاب

الحظر والإباحة

سمى^(١) محمد بن الحسن رحمه الله ومشايخنا^(٢) هذا الكتاب: «كتاب الاستحسان»، لما فيه من المسائل التي استحسناها العقل والشرع^(٣).
والشيخ أبو الحسن الكرخي^(٤) سماه: «كتاب الحظر والإباحة»، لما فيه من^(٥) بيان أحكام^(٦) الحظر والإباحة والكراهة والتدب، على الخصوص^(٧).

وبرأ الكتاب بإمامه المسمى والنظر إلى الرجال والنساء^(٨) - فنقول:
النسوان على أربعة أنواع:
نوع منها - الزوجات، والمملوكات بملك اليمين.
ونوع منها - الاجنبيات، وذوات الرحم التي لا^(٩) يحرم نكاحهن^(١٠).

(١) في او: «قال رحمه الله: سمي».

(٢) في ب: «محمد ومشايخنا رحمه الله». وفي: «محمد ومشايخنا».

(٣) «والشرع» ليست في ب.

(٤) راجع ترجمته في الملامح ٣ ص ٩ من الجزء الأول.

(٥) «من» من او ب و ح.

(٦) «أحكام» ليست في او ح.

(٧) «على الخصوص» ليست في او ح.

(٨) في او ح: «إلى النساء» فقط.

(٩) «لا» من او ب و ح.

(١٠) في او ح: «نكاحها».

ونوع آخر - ذوات^(١) الرحم المحرم ، والمحارم التي لا رحم لها كالحرمة^(٢) بالرضاع^(٣) والصهرية .
ونوع آخر^(٤) - مملوكات الغير .

أما النوع الأول :

فيحل للزوج^(٥) والمالك^(٦) النظر والمس من قرننها^(٧) إلى قدمها ، عن شهوة ، ويحل الاستمتاع في^(٨) الفرج ، وما دون الفرج ، إلا^(٩) في حالة الحيض : فإنه لا يباح الوطء في هذه الحالة ما لم تطهر .
وهل يباح الجماع فيها^(١٠) دون الفرج ؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يباح الاستمتاع إلا فوق الإزار . وقال محمد : يحتب شعار^(١١) الدم ،

(١) في ٥ : « ذوات » . وفي ١ : « ذوات » .

(٢) كذا في ا و ب و ح : « كالحرمة » . وفي الأصل : « كالحرمة » .

(٣) في اسقطت اللبن في « بالرضاع » . فصار كذا : « بالرضا » .

(٤) في ب : « ونوع منها » .

(٥) في ح : « الزوج » . وانظر المامض التالي

(٦) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « والمالك » .

(٧) في ا و ح : « فوقها » . والقرن شعر المرأة خاصة والجمع قرون ومثله : « مباحان من

زين الرجال بالعي والنساء بالقرون » (المغرب) . وفي الكشاف (٥ : ١١٩ : ٤) : « من

رأسها » . وكذا في السطر الأسفل من نفس الصفحة .

(٨) في ا و ح : « من » .

(٩) الصفحة التي تبدأ من هنا أي بباردة « في حالة الحيض » والصفحة التي تليها وردا في

النسخة المصورة للأصل في غير موضعها إذ وردا على اعتبارهما ص ٢٤٤ و ٢٤٥ و ١٠٠ ووردت

صفحتا ٢٤٤ و ٢٤٥ على أنها ٢٤٤/٢ و ١٠٠/٢ وقد نبهنا إلى ذلك في كتاب الشركة :

راجع المامض ٦ ص ٩ .

(١٠) في ا : « فيها » .

(١١) في ا و ح : « شعار » .

ويحل له ما وراه ذلك من غير إزار .

واختلف المشايخ في تفسير قول أبي حنيفة وأبي يوسف: « ما فوق الإزار »^(١) - بعضهم قالوا^(٢) : أراد^(٣) ما فوق السرة من البطن ونحوه ، ولا يباح ما دون السرة إلى الركبة . وقال بعضهم : أراد به أنه^(٤) يحل الاستمتاع مع الإزار لا^(٥) مكشوفاً .

وكذا لا يحل الاستمتاع^(٦) بالدبر عند عامة العلماء . وقال بعض أصحاب الظواهر : يباح .

والأصل في ذلك^(٧) قوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »^(٨) من غير فصل ، إلا أن حالة

(١) « ما فوق الإزار » ليست في ا و ح .

(٢) في ا و ح : « قال بعضهم » .

(٣) في ب كذا : « أرى » . وزاد هنا في ح : « ما يرض »

(٤) « أنه » ليست في ا و ح .

(٥) « لا » ليست في ب و ح .

(٦) « الاستمتاع » ليست في ا و ح .

(٧) في ب : « وأصل ذلك » .

(٨) زاد في ب قوله تعالى : « فإنهم غير ملومين » - سورة المؤمنون : ٦٠ - وقد وردت وسط آيات هي : « قد أفلح المؤمنون . الذين هم في صلاتهم خاشعون . والذين هم عن الفحش مرضون . والذين هم لفركاة غافلون . والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » . وسورة المجاز : ٢٩ - ٣٠ وقد وردت وسط آيات هي : « لأن الإنسان خلق هالوعا . إذا مسه الشر جزوعا . وإذا مسه الخير منوعا . ألا المصلين . الذين هم على صلاتهم دائمون . . . والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

الحيض صارت مستثناة لقوله^(١) تعالى : « ويسألونك عن الحيض : قل هو أذى (الآية) »^(٢) . وصار^(٣) الاستمتاع بالدبر مستثنى بإجماع الصحابة ، ومحدث^(٤) على رضى الله عنه أن النبي عليه السلام قال : « من أتى حائضاً ، أو امرأة في دبرها ، أو أتى كاهناً فصدقه فيما يقول - فهو كافر بما أنزل^(٥) على محمد صلى الله عليه »^(٦) .

وأما النظر إلى عين^(٧) الفرج : « فمباح^(٨) أيضاً ، لأن الاستمتاع بمباح^(٩) ، فالنظر أولى ، لكن ليس من الأدب النظر إلى^(١٠) فرج نفسه أو^(١١) إلى فرجها .

وأصل ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها^(١٢) أنها^(١٣) قالت :

(١) ب : « بقوله » .

(٢) البقرة ٢٢٢ : والآية : « ويسألونك عن الحيض : قل هو أذى فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهن حتى يطمئن ، فإذا طمئن فأتوهن من حيث أمركم الله لئلا الله يحب التوازين ويحب المتطهرين » .

(٣) في أ : « صار » .

(٤) في أ و - : « ولحديث » .

(٥) في أ : « بما أنزل الله » .

(٦) زاد في - و أ : « وسلم » ، و « صلى وسلم » ليست في ب .

(٧) في أ و - : « غير » .

(٨) في - و أ : « يباح » .

(٩) في - : « يباح » .

(١٠) في - : « ليس في - » .

(١١) المبرتمن أ و ب و - .

(١٢) زاد في أ و - : « وعن أبيها » .

(١٣) كذا في أ و ب و - . وفي الأصل : « أنا » .

« قبض رسول الله صلى الله عليه وما نظرت إلى ما منه وما نظرت ^(١) إلى ما منى » .

وأما النوع الثاني - وهو المحارم من ذوات الرحم، والمحارم التي لارحم لها من ^(٢) الأجنبيات - فنقول :

النظر حرام ، إلى هؤلاء : إلى ^(٣) ما بين السرة والركبة ، و ^(٤) إلى البطن والظهر ، وبياح النظر إلى ما سوى ذلك من الشعر ، والصدر ، والساعدين ^(٥) ، والساقين ، ونحوها - لقوله تعالى : « ولا يدين زيتن إلا لبعولتن (الآية) » ^(٦) . ولكن هذا إذا كان غالب رأيه أنه لا يشتهى . فأما إذا كان غالب حاله ^(٧) أنه يشتهى : < ف > لا يباح

(١) « ما نظر » من ب و ا - « إلى ما منه ... منى » ليست في « وموضعا فيها يباح » وهي في الكسائي (١١٩ : ٥ : ١٠ من أسفل) .

(٢) « المحارم التي لارحم لها من » من ب . وفي الأصل و ا و ح : « من ذوات الرحم والأجنبيات » . وهذا النوع هو ما ورد « ثالثا » عند ذكره أنواع النساء (ص ٥٦٨) . والمقصود بالمحارم التي لارحم لها من الأجنبيات المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة (راجع ص ٥٦٨) .

(٣) في ح : « ولعل » . وفي ا : « إلا » . وفي ب : « إلى هؤلاء ما ين » .

(٤) في ا و ح : « والنظر » .

(٥) في ا و ح : « والساعد » .

(٦) التور : ٣١ - والآية : « وتل للمؤمنات يفضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يدين زيتن إلا ما ظهر منها ولا يفرن بخرهن على جبين ولا يدين زيتن إلا لبعولتن أو آبائهن أو آباء بعولتن أو أبنائهن أو أبناء بعولتن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخوانهن أو نساتهن أو ما ملكت أيانهن أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ولا يضرن بأوجهن ليلم ما يخرجن من زيتن وتوبوا إلى الله جيا أيها المؤمنون لتلكم تلعون » .

(٧) في ا و ب و ح : « رأيه » .

له^(١) النظر .

وما عرفت من الجواب في حق النظر ، فهو الجواب في حق المس :
أنه^(٢) لا يباح له^(٣) مس الأعضاء التي لا يباح له النظر إليها ، ويباح
مس الأعضاء التي يباح له النظر إليها^(٤) و^(٥) .

وهذا إذا كانت الأعضاء مكشوفة .

فأما إذا كانت مع الثياب ، واحتاج ذو الرحم المحرم إلى مس هذه
الأعضاء الأربعة ، وراه الثوب ، للإركاب^(٦) والأوتال ، والوضع في
القبر والحد - فلا بأس بذلك^(٧) إذا كان لا يشتهي ، لأجل الحاجة .

وأما النوع^(٨) الثالث - وهو^(٩) ملوكات القبر :

فحكمها وحكم ذوات الرحم المحرم في حرمة^(١٠) النظر
والمس^(١١) ، سواء .

(١) « له » من ب .

(٢) كذا في ب وفي ا و ه : « لانه » .

(٣) « له » ليست في ا . انظر الهامش بعد التالي .

(٤) في ب : « له النظر ويباح من الأعضاء ما يباح له النظر » اهـ . انظر الهامش التالي .

(٥) « أنه لا يباح ... إليها » من ح .

(٦) في ح : « الإركاب » .

(٧) في ا و ب و ه : « به » .

(٨) في ح : « نوع » .

(٩) « وهو » ليست في ا و ح .

(١٠) في ا و ح : « في حق » .

(١١) في ا و ح : « والمس » .

وأما النوع الرابع - وهو ^(١) الأجنيات ، وفوات الرحم بلا عوم ^(٢) :
فإنه يحرم النظر إليها ^(٣) أصلاً ^(٤) من رأسها إلى قدمها ، سوى الوجه
والكفين ، فإنه لا بأس بالنظر إليها ^(٥) من غير شهوة ، فإن كان غالب
رأيه أنه يشتهي ، يحرم ^(٦) أصلاً ^(٧) .
وأما المس ^(٨) > فـ يحرم ، سواء ^(٩) عن شهوة ، أو عن غير شهوة -
وهذا إذا كانت شابة .

فإن كانت عجوزاً ^(١٠) ، فلا بأس بالمصافحة إن كان غالب رأيه أنه
لا يشتهي . ولا تحل المصافحة إن كانت تشتهي ^(١١) ، وإن كان الرجل ^(١٢)
لا يشتهي ^(١٣) .

- (١) في أو ح : « فبر » .
- (٢) في أو ب و ح : « بلا حرمة » . . والمقصود ذوات الرحم التي لا يحرم التكاح
بكبت الدم والهمة والحال والحالة (الكشاف : ٥ : ١١٩ : ٣) .
- (٣) « إليها » من أو ح .
- (٤) « أصلاً » ليت في ب .
- (٥) في أو ب و ح : « إليها » .
- (٦) في أو ح : « لا يباح » .
- (٧) « أصلاً » من أو ب و ح .
- (٨) في أو ح : « اللس » .
- (٩) في أو ح : « سواء كانت » . وفي ب : « سواء كان » .
- (١٠) كذا في ب . وفي الأصل واو ح : « عجوزة » - وقد قيل أنه يصح التأنيث بالماء
وقيل أنه لا يصح (انظر الصباح) . وفي القرآن الكريم (هود : ٧٧) : « ألد وأنا عجوز » .
راجع المامش ١٠ ص ٥٥٥ .
- (١١) كذا في ب و ا و ج . وفي الأصل : « إن كان يشتهي » .
- (١٢) في أو ح : « والرجل » .
- (١٣) انظر الكشاف : ٥ : ١٢٢ : ٢٤ - ١٢٣ .

فإن كان عند الضرورة : فلا بأس بالنظر ، وإن كان يشتهي ^(١) .
 كالقاضي ^(٢) والشاهد : ينظر إلى وجهها ، عند القضاء ^(٣) ، وتحمل
 الشهادة ^(٤) ، أو ^(٥) كان يريد تزوجها ^(٦) ، لأن الفرض ليس ^(٧) هو
 اقتضاء الشهوة ، على ما ^(٨) روى عن النبي عليه السلام أنه قال للمغيرة ^(٩)
 ابن شعبة : « لو نظرت إليها لأحرى ^(١٠) أن يؤدم بينكما » .
 وأما النظر إلى القدمين - هل يحرم ^(١١) ؟ ذكر ^(١٢) في كتاب
 الاستحسان : « هي ^(١٣) عودة في حق النظر ، وليس بعودة في حق
 الصلاة . وكذا ذكر في « الزيادات » إشارة ^(١٤) إلى أنها ليست ^(١٥) بعودة
 في حق الصلاة .

(١) في - كذا : « ولما كانت كالتقاضى » .

(٢) في ب : « كالتقاضى » .

(٣) في ب كذا : « وجهها القضاء » . وانظر الهامش التالي

(٤) في - : « عند القاضي والشهادة » . وفي ا : « عند القضاء والشهادة » .

(٥) في - : « إن » .

(٦) في ا و ب و - : « تزويجها » .

(٧) « ليس » ليست في ا .

(٨) في ا و - : « لا » .

(٩) كذا في ا . وفي الأصل و ب و - : « لمغيرة » . راجع ترجمه في الهامش ١٠ ص ١٦٢

من الجزء الأول .

(١٠) في ا و - : « كان أخرى » .

(١١) « هل يحرم » ليست في ا و - .

(١٢) في ا و - : « قد ذكر » .

(١٣) في - : « هو » .

(١٤) « إشارة » ليست في ا .

(١٥) في - : « ليس » .

وذكر ابن شجاع^(١) عن الحسن عن أبي حنيفة أنها ليست بعورة، في حق النظر، كالوجه والكفين^(٢).

وأما الرجال في^(٣) حق الرجال^(٤): <ف> يباح لكل واحد النظر إلى الآخر، سوى ما بين الركبة^(٥) إلى السرة. والركبة عورة عندنا، خلافاً للشافعي^(٦). والسرة ليست بعورة عندنا، وعنده عورة.

وكذلك النساء في حق النساء: يباح النظر إلى جميع الأعضاء سوى ما بين الركبة إلى السرة.

وما يباح النظر^(٧) يباح المس من غير شهوة. ولا يباح المس والنظر^(٨) إلى ما بين السرة والركبة^(٩)، إلا في حالة الضرورة، بأن

(١) في ١ و ٢: « ابن شجاع ». وفي الكشاف (١ : ١٢٢ : ٥) : « وروى الحسن عن أبي حنيفة ... ». وفي الشافي على الزيلعي (١٧ : ٦) : « وقال الكرخي في مختصره : قال ابن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز النظر إلى وجهها وكفيها وقدميها ». وتقدمت (في الهامش ص ٦ من الجزء الأول) ترجمة ابن شجاع وهو محمد بن شجاع أبو عبد الله التلمذي تلميذ الحسن بن أبي مالك والحسن بن زياد. وتوفي سنة ٢٦٦ هـ.

(٢) كذا في ١ و ٢ و ٣. وفي الأصل تشبه : « والكفين ».

(٣) في ب : « فقي ». (٤) « الرجال » ساقطة في ٢.

(٥) في ١ و ٢ : « الركبتين ».

(٦) في ١ و ٢ و ٣ : « وعند الشافعي ليست (في ب : ليس) بعورة ».

(٧) في ب : « النظر فيه ».

(٨) « إلى جميع الأعضاء سوى ... المس والنظر » ليست في ١ و ٢. وفيها : « وكذا النساء ».

في حق النساء : يباح النظر والمس (في ٢ : والمس) لمن بضهن إلى بض إلى ما بين النظر الهامش التالي

(٩) في ب : « إلى ما بين السرة إلى ». وفي ١ : « إلا ما بين السرة إلى الركبة ». وفي

٢ : « إلى بين السرة وإلى الركبة ».

كانت المرأة^(١) ختانة تختن^(٢) النساء ، أو كانت تنظر إلى الفرج^(٣) لمعرفة البكارة ، أو كان^(٤) في موضع العودة قرح^(٥) أو جرح يحتاج إلى التداوى^(٦). وإن كان^(٧) لا يعرف ذلك^(٨) إلا الرجل ، يكشف^(٩) ذلك الموضع الذي^(١٠) فيه جرح وقرح^(١١) ، فينظر إليه ، وينفض البصر^(١٢) ما استطاع.

وكذا يباح للنساء النظر إلى الرجال ، إلا فيما^(١٣) بين السرة إلى الركبة^(١٤) ، لأن هذا ليس بعودة ، فإن الرجال قد يكونون^(١٥) في إزار واحد في الأسواق ، ولم ينكر عليهم أحد^(١٦).

(١) في ب : « امرأة » .

(٢) كذا في ا و ح . وفي ب والاصل تشبه : « تختن » .

(٣) « إلى الفرج » ليست في ح و ا .

(٤) في ا و ح : « كانت » .

(٥) في ب كذا : « فرج » .

(٦) في ح كذا : « الدواى » .

(٧) في ب : « فلن كان » .

(٨) « ذلك » ليست في ا و ح .

(٩) في ب : « يكشف له » .

(١٠) « ألقى » ليست في ب .

(١١) في ا و ح : « الفرج والجرح » . وفي ب : « الجرح أو الفرج » .

(١٢) في ا : « بصره » .

(١٣) في ح كذا : « إلى ما بين » . وفي ا : « إلا ما بين » .

(١٤) في ب : « و الركبة » .

(١٥) في ا و ح : « يكونوا » .

(١٦) زاد في ب : « والله أعلم » .

باب^(١) آخر

قال^(٢) :

رجل رأى إنساناً قتل أباه ، عمدا ، بالسلاح ، أو أقر عنده ، ثم قال
القاتل : « إنما قتلته ، لأنه قتل ولي^(٣) عمدا ، أو أنه ارتد عن
الإسلام » ، ولم^(٤) يعرف الابن ذلك إلا بدعواه : فإنه يباح له أن
يقنع منه^(٥) ، ولا يقبل قوله ، لأن القصاص ثبت عنده لوجود^(٦)
القتل العمد ظاهرا ، بالميان أو بالاقرار ، فإن الاقرار حجة بنفسه ،
وقول القاتل يحتمل الصدق والكذب ، فلا يعتبر إلا بحجة^(٧) .
ولو شهد عنده ، رجلان ، عدلان : « إن هذا الرجل قتل أباك ،
عمدا ، بالسلاح » - فإنه لا يباح له أن يقتله ، لأن قول الشاهدين لا يصير
حجة ، بدون قضاء القاضي^(٨) ، بخلاف الاقرار والميان .
ولو شهد عند الابن شاهدان على دعوى القاتل : أنه قتله بحق .

(١) في او ح : « كتاب » .

(٢) « قال » ليست في ب . وفي او ح : « قال رحمه الله » .

(٣) في او ح : « أبي » .

(٤) في ح : « ولن » .

(٥) « منه » ليست في ب .

(٦) في او ب و ح : « بوجود » .

(٧) « بنفسه وقول ... بحجة » ليست في او ح .

(٨) كذا في او ب و ح . وفي الاصل : « بدون القضاء » .

ينظر : إن كان بحال لو شهدا عند القاضى ، فالقاضى ^(١) يقضى بشهادتهما ^(٢) ، فإنه لا يتجمل بالقتل ، بل يتوقف إلى أن يشهدا عند القاضى . وإن كان بحال لا يقبل القاضى قولهما : يباح له أن يقتله ^(٣) للحال - يانه : — إذا كان الشاهدان محدودين ^(٤) فى القذف ، أو فاسقين ^(٥) ، أو النساء وحدهن - فالقاضى لا يقضى بقولهم ^(٦) ، و ^(٧) يباح له أن يقتله للحال . وإن كانا رجلين عدلين : يتوقف .

— و لذلك فى الشاهد الواحد : يتوقف .

— و روى عن محمد : فى المحدودين أحب إلى أن يتوقف ، لأن القاضى ربما يقبل شهادتهما ، على رأى الشافعى ، ويكون اجتهاده يفضى إليه ، و يراه حقاً وصواباً ، وقضاء ^(٩) القاضى ، فى فصل مختلف ^(١٠) فيه ، جائز . — وكذلك فى الفاسقين ، والنساء وحدهن : يجب أن يكون الجواب ^(١١)

(١) « فالقاضى » ليست فى ا و ح .

(٢) فى ح : « شهادتهما » ، وفى ب : « يحكم بشهادتهما » .

(٣) فى ب : « أن يقتله » ، وهى ليست فى ح .

(٤) فى ا و ح : « شاهدان محدودان » .

(٥) فى ا و ح : « فى القذف أو فاسقان » .

(٦) « بقولهم » ليست فى ا .

(٧) « و » من ب .

(٨) فى ح تكررت : « له أن » .

(٩) فى ا : « قضاء » . وفى ح كذا : « وقضى » .

(١٠) فى ح : « فاختلف » .

(١١) « الجواب » من ا و ب و ح .

كذلك ، عنده ، لأن ذلك فصل ^(١) مختلف فيه أيضاً ^(٢) .
 — وكذلك الجواب فيما إذا ^(٣) رأى إنساناً أخذ مالاً منه ، أو أقر عنده ،
 ثم قال : « كان ^(٤) ذلك عنده ودبعة لى ^(٥) فأخذته » أو : « كان لى عليه دين
 فاقترضته » — فله أن يأخذه ^(٦) .

— ولو شهد رجلان عنده بذلك ، ليس له أن يأخذ ، لما قلنا .
 — ولو أن القاضى إماماً ^(٧) قضى فى فصل مجتهد فيه ، وهو من ^(٨) أهل
 الاجتهاد برأيه ، والمضى عليه فقيه مجتهد يرى بخلاف ما يقضى به القاضى ،
 فإنه يجب عليه أن يترك رأيه برأى القاضى ، سواء كان ذلك من باب
 الحل أو ^(٩) الحرمة أو الملك أو الطلاق أو ^(١٠) العتاق ونحوه ، لأن قضاء
 القاضى فى فصل مجتهد فيه ينفذ بإجماع الأمة ، لأن رأيه ترجح ^(١١)
 بولاية القاضى ^(١٢) . — وهذا ^(١٣) قول محمد . وكذا قال أبو يوسف فيما ليس

-
- (١) « فصل » ليست فى ح .
 - (٢) « أيضاً » من اوب وح .
 - (٣) « إذا » ليست فى ح .
 - (٤) « كان » من اوب وح .
 - (٥) « لى » ليست فى ح . وفى اوب : « منى » .
 - (٦) « كذا » فى ا . وفى الأصل وب وح : « يأخذ » .
 - (٧) فى اوب وح : « إذا » .
 - (٨) « من » ليست فى ب .
 - (٩) فى اوح : « و » .
 - (١٠) الممزة من ب .
 - (١١) « قضاء القاضى ... ترجح » ليست فى اوح .
 - (١٢) فى ب : « القضاء » .
 - (١٣) فى ب : « وهو » .

من باب الحرمة ، فأما إذا كان من باب الحرمة : < ف > يتبع رأى نفسه ، احتياطاً في باب الحرمة ^(١) - يانه :

— رجل قال لامرأته : « نيت طالق » ^(٢) ألبتة ، وهو رجل فقيه : في زعمه واجتهاده أنه طلاق ثلاث أو بائن . فرفت ^(٣) المرأة الأمر ^(٤) . إلى القاضي ، ورأيه أنه طلاق واحد ، يملك الرجعة ، فقضى ^(٥) بالحل للمرأة عليه ، يحل للزوج وطؤها ^(٦) ، ويصير رأيه متروكاً برأى القاضي عند محمد ، وعند أبي يوسف بخلافه .

— ولو كان رأى الزوج أن هذا طلاق ^(٧) رجعى ، ورأى القاضي أنه طلاق بائن أو ثلاث ، فقضى ^(٨) بالحرمة ، يحرم عليه وطؤها في القولين . — ولو كان الرجل ^(٩) المطلق ليس بفقيه ، فأفتى له الفقهاء بأن هذا طلاق ^(١٠) محرم ، ورفعت الأمر ^(١١) إلى القاضي وقضى القاضي ^(١٢)

(١) « فأما إذا كان ... الحرمة » ليست في ا و ح .

(٢) في ا : « طلاق » .

(٣) في ب : « رفعت » .

(٤) « الأمر » من ا و ب و ح .

(٥) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « يقضى » .

(٦) « وطئها » ليست في ح .

(٧) في ا و ح : « ولو رأى الزوج أنه طلاق » .

(٨) في ب : « يقضى » .

(٩) « الرجل » ليست في ا .

(١٠) « طلاق » ليست في ب . وفي ا و ح : « الطلاق » .

(١١) في ب : « رفع الأمر » . وفي ا و ح : « رفعت المرأة الأمر » .

(١٢) في ا و ح : « فنقض بالحل » . وفي ب : « فإن قضى القاضي » .

بالحل يحل له وطؤها، لأن فتوى الفقهاء <الطلاق> ^(١) بمنزلة الاجتهاد منه،
فوجب عليه ترك الفتوى برأى القاضى عند محمد، خلافاً لآبى يوسف.
— و ^(٢) إذا كانت المسألة على العكس ^(٣)، فالجواب كذلك: أنه
يتبع رأى القاضى من ^(٤) القولين.

— ولو أن فقهاً مجتهداً قال لامرأته: «أنت طالق ألبتة»، ورأيه أنه
ثلاث ^(٥)، وعزم على الحرمة و ^(٦) أمضى رأيه فيما بينه وبينها ^(٧)،
<وأجنب> ^(٨) عنها، ثم تحول رأيه إلى ^(٩) أنه طلاق بملك الرجعة—
يجب ^(١٠) العمل بالرأى الأول فى حق ^(١١) هذه المرأة، حتى لا يحل له ^(١٢)
وطؤها، إلا بنكاح جديد، أو بعد الزوج الثانى ^(١٣)، وبالرأى الثانى
فى المستقبل فى حقها وفى حق غيرها، لأن ما أمضى بالاجتهاد لا ^(١٤) ينقض

(١) فى الأصل وغيره: «لقاضى». راجع الصفحة السابقة.

(٢) الواو من ب.

(٣) فى او ح: «بالعكس».

(٤) فى او ب وح: «فى».

(٥) زاد فى او ح: «ملقات». وفى ب زاد: «تطبيقات».

(٦) فى او ح: «أو».

(٧) فى او ح: «بينها».

(٨) أى تباعد (المنجد). وفى الأصل تشبه: «اجتنب». وفى ب تشبه: «واجتنب».

وفى ح كذا: «وأجبت». وفى اكذا: «وأجبت».

(٩) «للى» ليست فى او ب وح.

(١٠) فى او ب وح: «يجب عليه».

(١١) «حق» ليست فى او ح.

(١٢) «له» ليست فى ب.

(١٣) فى او ج كذا: «أو تزويج ثانى». وفى ب: «أو بالزوج الثانى».

(١٤) فى او ح: «ولا».

باجتهاد^(١) مثله .

ولو لم يعزم على الحرمة ، ولم^(٢) يمض اجتهاده بينه وبينها ، حتى تحول رأيه إلى^(٣) الحل وأنه بطلاق رجعى - له أن يطأها ، ولا تقع الفرقة لاشته لم يوجد إمضاء الاجتهاد^(٤) الأول ، فصار كالقاضى^(٥) إذا كان رأيه^(٦) التحريم قبيل^(٧) أن يقضى تحول رأيه إلى الحل ، يعمل^(٨) بالرأى الثانى ، ويقضى بالحل فى حق هذه المرأة - فكذا هذا^(٩) و^(١٠) .

(١) فى : « بالاجتهاد » .

(٢) فى : « ظلم » .

(٣) فى : « فى » .

(٤) فى ب : « اجتهاده » - انظر الهامش التالى

(٥) « له أن يطأها ... كالقاضى » ليست فى ح و ا .

(٦) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « له رأى » .

(٧) انقضاء من ب .

(٨) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « فعل » .

(٩) « فكذا هذا » ليست فى ب .

(١٠) زاد فى ب : « وانه تعالى أعلم بالصواب » .

باب آخر منه ^(١)

لا خلاف ^(٢) بين الأمة في إباحة ^(٣) استعمال الحرير ، للنساء ، لبسا ، واستفراشا ، وجلوساً عليه ^(٤) ، ونحو ذلك .

فأما في حق الرجال : < فـ > اللبس حرام بالإجماع ، بأن جملة قباء ، أو قميصا ، أو قلنسوة ، وهو حرير خالص ، في غير حالة الحرب . فأما في حال ^(٥) الحرب فكذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما : يباح اللبس في حال ^(٦) الحرب .

وهذا إذا كان كله حريرا . فأما إذا كان لحمته حريرا ، فلا يكره في الحرب ، بالإجماع ، ويكره في غيره .

وإذا كان السدى ^(٧) حريرا لا غير : لا يكره ، بالإجماع .
وأصله قوله عليه السلام على ما ^(٨) رواه علي بن أبي طالب أن النبي عليه السلام أخذ حريرا بشماله وذهباً بيمينه ورفع بهما يديه ^(٩) وقال :

(١) « منه » ليست في او .

(٢) في او : « قال رحمه الله : لا خلاف » .

(٣) « إباحة » من ب و ا .

(٤) « عليه » ليست في ا .

(٥) و (٦) في او : « حالة » .

(٧) في او : « وإن كان سدا » .

(٨) « على ما » من ب . وفي او : « قوله عليه السلام عن علي ... » . وفي ب :

« على ما روى عن علي » .

(٩) « يديه » ليست في ب .

« إن هذين حرام^(١) على ذكور أمتي ، حل لائناها^(٢) » - فأبو حنيفة أخذ^(٣) بمعوم^(٤) الحديث ولم يفصل بين^(٥) الحرب وغيره . وهما قالا بالاباحة في حق أهل الحرب ، لأن لباس^(٦) الحرير أهيب للعدو وأثبت للسلاح ، فخصا^(٧) أهل الحرب من^(٨) عموم^(٩) الحديث ، ولكن أبا^(١٠) حنيفة قال : هذا المعنى يحصل بما إذا كان لحته حريرا ، فلا ضرورة في الحرير الخالص .

وأما لباس الصبيان والمجانين : فحرام^(١١) على الأولياء ، ويأثمون بذلك . أما لا حرمة^(١٢) في حقهم > فلا^(١٣) نه < لا خطاب عليهم .

وأما النوم على^(١٤) الحرير ، واستعماله في الجلوس عليه والانتكاه^(١٥)

(١) في « : » : « حرامين » .

(٢) في « او » : « لائناهم » .

(٣) في ب : « فعل أبو حنيفة » .

(٤) في « : » : « لمعوم » .

(٥) كذا في « او ب و » . وفي الأصل : « بين أهل الحرب » ويدو أن « أهل » مشطوبة .

(٦) في ب : « لبس » .

(٧) في « : » : « فخصصا » . وفي « : » : « فخصصا » .

(٨) في الأصل وغيره : « عن » .

(٩) « عموم » من « او ب و » .

(١٠) في « او ب و » : « أبو... » .

(١١) كذا في « او » . وفي الأصل وب : « حرام » .

(١٢) في « كذا » : « أما الحرمة » .

(١٣) في الأصل : « فله » . وفي « او ب و » : « ولائنه » .

(١٤) « على » ليست في ب .

(١٥) في « : » : « في الجاوس في الانتكاه » .

عليه (١) - فجاء عند أبي حنيفة ، لأنه (٢) ليس فيه (٣) تعظيم ، بخلاف
اللباس (٤) . وعندهما : لا يجوز للرجال أيضاً ، لأنه لباس (٥) الكفرة (٦)
من الأعاجم .

ولكن القليل من الحرير عفو في حق اللبس (٧) ، وذلك مقدار ثلاث
أصابع أو أربع ، فإن النبي عليه السلام لبس (٨) فروة (٩) أطرافها من
حرير ، وكذلك العلم في الثياب (١٠) معتاد من غير تكثير من أحد (١١) ،
فيكون إجماعاً .

.

وأما استعمال الذهب والفضة بطريق التحلي : < ف > مباح في حق
النساء ، وفي حق الرجال حرام ، سوى التختيم بالفضة . لما روينا من
الحديث ، وجاءت الرخصة في الخاتم .

وأما استعمال الأواني من الذهب والفضة ، في الشرب والأكل

(١) كذا في ب . وفي الأصل واو : « ب » .

(٢) في ب : « لأن » .

(٣) « فيه » ليست في ا و ه . وفي ا : « ليس بتعظيم »

(٤) في ا و ه : « اللبس » .

(٥) في ا : « لبس » . وفي ه : كذا : « ليس » .

(٦) زاد في ا و ه : « أيضاً » .

(٧) في ب : « في حق اللباس أيضاً » .

(٨) « وذلك مقدار ... لبس » ليست في ا و ه .

(٩) في ه : « فردة » .

(١٠) أي أن تكون ذات علامة (انظر الكشاف : ٥ : ١٣١ : ١٣ - ١٠ من أسئل) .

(١١) في ه : « من واحد » . وفي ا : « تكثير واحد » .

والادهان ، ونحو ذلك مما يستعمل في البدن^(١) - فحرام في حق الرجال والنساء جميعاً^(٢) ، حتى^(٣) المكحلة والمرآة والمجمر^(٤) ونحوها ، وكذلك الركاب^(٥) واللبام والثَّغَر^(٦) والكرسي والسرير ونحوها . أما إذا كان مفضضاً أو مضيئاً^(٧) فلا بأس^(٨) باستعماله عند أبي حنيفة ، وكذلك إذا كان على السَّيف^(٩) .

وعندهما^(١٠) : يكره ذلك^(١١) كله ، لأن الذهب والفضة صاراً من أجزاء ذلك الشيء .

وأبو حنيفة يقول إنه تبع لما ليس بذهب وفضة^(١٢) ، والمبرة للأصل^(١٣) - وهذا في إحدى الروايتين . وفي رواية : إذا كان فيه عند الشرب^(١٤) يقع على العود : لا^(١٥) يكرهه ، وإن كان يقع^(١٦) على الفضة : يكرهه .

(١) في أ : « يستعمل ذلك في البدن » .

(٢) « جميعاً » ليست في أ و ب .

(٣) كذا في أ و ب و . وفي الأصل : « حتى إن » .

(٤) المجمر ما يوقد فيه العود (المقرب) . وفي أ و ب : « والمجبرة » .

(٥) في ب كذا : « وكذلك الكلال » .

(٦) « والثغر » من أ و ب و . والثغر بالتحريك هو من السرج ما يجبل تحت ذنب

الداية (المقرب) .

(٧) أي متدوداً والمتصود بالذهب أو بالفضة . انظر الكاساني ، ١ : ١٣٧ .

(٨) في ب : « لا بأس » .

(٩) كذا في أ و ب . وفي الأصل و ب : « السيف » .

(١٠) في ب : « وعنده » .

(١١) ذلك في أ و ب .

(١٢) في أ و ب : « بالذهب والفضة » .

(١٣) في ب : « الأصل » . (١٤) في أ و ب : « الشراب » .

(١٥) في ب : « ولا » . (١٦) « يقع » ليست في ب .

وكذا إذا كان الجلوس على الكرسي المفضل والمذهب ، على
هاتين الروايتين : إن كان الجلوس على موضع^(١) المود : لا يكره ، وإن
كان على القضة : يكره . وفي رواية : لا يكره أصلاً .
وهما رخصا في المصحف في رواية^(٢) . وفي رواية يكره في
المصحف أيضاً .

وهذا إذا كان الذهب مما يخلص بالاذابة .
فأما إذا كان مموهاً بماء الذهب و^(٣) القضة ، فلا بأس به^(٤) ، لأنه
لا يخلص عند الاذابة .

وكذا كتابة الذهب^(٥) والقضة على الثياب : فعلی^(٦) هذا الاختلاف .
وإذا جُدِعَ^(٧) أُنْفَه ، فجعل^(٨) أنقاص فضة ، لا إزالة الشين ، لا يكره .
ولو جعل من الذهب لا يكره أيضاً ، لأنه إذا كان من القضة
يتن^(٩) ، فرخص في ذلك ، وفي عين^(١٠) هذا ورد الأمر .

(١) في ب : « مواضع » .

(٢) « في رواية » من ا و ب و ح .

(٣) في ا : « أو » .

(٤) « به » ليست في ب .

(٥) في ا و ح : « وكذلك الكتابة بالذهب » .

(٦) « الثياب فعلی » ليست في ا و ح .

(٧) جِدِعَ أُنْفَه قطعه (المصباح) . وفي ب : « جَدِعَ » .

(٨) في ا و ح : « فأنقذه » .

(٩) « لأن الألف يتن بالقضة » الكاساني ، ٥ : ١٣٣ : ١١ من أسفل . « و » الشين

... يتن « ليست في ا و ح » .

(١٠) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح كذا : « غير » . ولعل الصواب : « عين » ، وقد

ولو تحرك سنة^(١١) فشدها^(١٢) بذهب أو فضة: <ف> لا بأس به .
عند أبي حنيفة . وفي الجامع الصغير: لا يشدها بالذهب . وعند محمد: لا بأس
به^(١٣) . وكان أبو حنيفة لا يرى بأساً بشدها بالفضة ، لأنه لا حاجة
إلى الذهب^(١٤) .

ولو خيف سقوط القص من خاتم الفضة^(١٥) فشدها^(١٦) بمسحار من^(١٧)
ذهب: <ف> لا بأس به ، بالاتفاق ، لأجل الضرورة .

ولو سقطت سن^(١٨) إنسان^(١٩) ، وأراد^(٢٠) أن يميدها ويشدها بالذهب
و^(٢١) الفضة ، يكره ، عند أبي حنيفة . كما^(٢٢) لو وضع سن ميت آخر :
يكره . وقال أبو يوسف: لا بأس بإعادة سنه مكانها ، ولا يشبه سنه سن

== ورد في الكسائي (٥ : ١٣٢ : ١٠ من أسفل) : « وقد روى أن عرجة أميب أنه يوم الكلاب
فأخذ أعنا من ورق فأذن فأمره سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أعنا من ذهب » .

(١) في ح : كذا : « منه » .

(٢) في ا و ح : « فشدها » .

(٣) قال في الجامع الصغير (ص ١١١) : « ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة » .

وقال محمد رحمه الله : لا بأس بالذهب أيضا » .

(٤) في ا و ح : « الفضة » .

(٥) « الفضة » من ا و ب و ح .

(٦) في ا و ح : « فشدها » .

(٧) « من » من ا و ح - وثيها : « من الذهب » .

(٨) في ا و ب و ح : « تنية » .

(٩) « لإنسان » ليست في ب .

(١٠) في ا و ب و ح : « فأراد » .

(١١) في ح و ا : « أو » .

(١٢) « كما » ليست في ا .

ميت آخر ، و^(١) بينهما فصل عندى ، وإن لم يحضرنى ذلك^(٢) .

ثم ذكر فى الكتاب^(٣) مسائل : ذكرها متفرقة فى الكتب^(٤) ، وقد جمعها هنا ، وقد ذكرناها فى مواضعها^(٥) ، فلا^(٦) نبيدها - ونذكر بعض^(٧) ما لم نذكره^(٨) .

منها - أنه يكوه شرب لبن الأتان^(٩) ، إندادوي ، بالاتفاق : أما^(١٠) عند أبى حنيفة > لا يشكل ، كما فى بول ما^(١١) يؤكل لحمه^(١٢) . وأبو يوسف فرق وقال : الأصل^(١٣) هو الكراهة^(١٤) لقوله عليه

(١) « و » ليست فى أ و ح .

(٢) فى ب و ح : « وإن لم يحضر فى ذلك » . وفى ا « وإن لم يحضرنى ذلك » . وفى السكاسى (٥ : ١٣٢ : س ٢ من أسفل - ١٣٣) : « وبينهما عندى فصل ولكن لم يحضرنى - ووجه الفصل له من وجهين : أحدهما - أن سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه يحتمل أن يصير متصلا فى الثانى بأن ياتهم فيشتد بنفسه فيعود إلى حاله الأولى ولزيادة جزء منفصل إلى مكانه ليشتد جائزا كما إذا قطع شيء من عضوه فأعادته إلى مكانه ، فأما سن غيره فلا يحتمل ذلك . وثانى - أن استعمال جزء منفصل عن غيره من بنى آدم إهانة بذلك الغير والآدمى بجميع أجزائه مكرم ، ولا إهانة فى استعمال جزء نفسه فى الإعادة إلى مكانه » .

(٣) فى ا ب و ح : « فى الباب » . راجع فيما تقدم ص ٥٦٧ .

(٤) فى ب : « فى الكتاب » . راجع فيما تقدم ص ٥٦٧ .

(٥) فى ا و ح : « فى موضعها » .

(٦) فى ا ح : « ولا » .

(٧) « بعض » ليست فى ا و ح .

(٨) فى ا و ح : « ما لم يذكره » .

(٩) الاثنان الاثنى من الخير .

(١٠) « أما » ليست فى ا و ح .

(١١) فى ا و ح : « مالا » .

(١٢) راجع ص ١٢٤ - ١٢٥ من الجزء الأول .

(١٣) فى ح : « هو الأصل » . (١٤) فى ح : « الكراهية » .

السلام^(١) : « إن الله تعالى لم يجعل شفاهكم فيها حرم عليكم » ، ولكن في البول ورد حديث خاص^(٢) ، فبقى الباقي على الأصل .

وقال : لا بأس بعبادة اليهودي والنصراني^(٣) ، للحديث الوارد فيه ، ولا أجل إلف^(٤) أهل الذمة ، خصوصا في حال المرض^(٥) ، مما يدعوهم إلى الدين الحق .

أما السلام > فـ قالوا : يكره^(٦) لما فيه من التعميم ، وتعميمهم مكروه .

وأما رد السلام : > فـ لا بأس به^(٨) ، لأن الامتناع من^(٩) ذلك يؤذيهم ، والا إحسان في حقهم مندوب ، لكن ينبغي أن لا يزيد على قوله : « وعليكم » ، لأنه^(١٠) قيل إنهم^(١١) يقولون : « السام^(١٢) عليكم » ، فيجابون بقوله « وعليكم » بطريق المجازاة^(١٣) .

(١) « السلام » من اوب و ح .

(٢) راجع في الجزء الأول ص ١٢٤ - ١٢٥ والهامش ١١ ص ١٢٤ وقد أوردنا فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر قوماً من عرينة بأن يخرجوا إلى أهل الصدقة ويشربوا من آبائها وأبائها .

(٣) في اوب و ح : « قال : ولا بأس » .

(٤) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « والنصراني » .

(٥) في اوب و ح : « ولأن فيه تألف » .

(٦) زاد هنا في ح : « من مباشرة سبب الموت لا » . وفي ا : « المرض لأنه مما . » .

(٧) « يكره » ليست في ا و ح .

(٨) « به » ليست في ح . (٩) في ح و ا : « عن » .

(١٠) في ا و ح : « لأنهم » . (١١) « إنهم » ليست في ح .

(١٢) السام هو الموت (المنرب) . (١٣) في ح كذا : « المجازات » .

وهل يكره منع هؤلاء من ^(١) الدخول في المساجد - قال مالك :
 يمتنعون من دخول المسجد الحرام . وعن كل مسجد .
 وقال الشافعي : يمتنعون عن دخول المسجد الحرام لا غير ^(٢) .
 وعندنا : لا يمتنعون عن دخول شيء من المساجد ، وذلك ^(٣) لأن
 المشركين كانوا ^(٤) يدخلون المسجد الحرام عند رسول الله صلى الله عليه ،
 لمرض ^(٥) الإسلام عليهم ، ونحو ذلك .

. . .

ويكره للمرأة أن تصل شعرها المقطوع بشعرها ، وكذا ^(٦) بشعر
 غيرها ، لقوله عليه السلام : « لعن الله ^(٧) الواصلة والمستوصلة » .
 ولا بأس بأن تصل شعرها بشعر البهيمة ^(٨) ، لأن ذلك من باب
 الزينة ، وهي غير ^(٩) ممنوعة عنها للزوج .

. . .

(١) في ب : « عن » .

(٢) في أ وب و - : « الحرام دون غيره من المساجد » .

(٣) في أ وب و - : « المساجد ولا بأس بذلك » .

(٤) « كانوا » من أ وب و - .

(٥) « عند رسول الله ... لمرض » ليست في ب ، وموضعا يياض . وفي ب : « فيمرض » .

(٦) « بشعرها وكذا » ليست في ب . وفي - : « بشعرها بشعر وكذا » .

(٧) « الله » ليست في أ وب و - .

(٨) في - كذا : « ولا بأس بشعر البهيمة ولا بأس بأن تصل بشعر البهيمة » . وفي

ا : « ولا بأس بأن تصل شعر البهيمة » .

(٩) « غير » ساقطة في ا .

ويكره اللعب بالنرد ، والشطرنج ^(١) . والأربعة عشر ^(٢) ، وكل
لهو - لقوله عليه السلام : « ما أتانا من دَرٍ ^(٣) ولا الدُّ مَنى » . وبعض أصحاب
الحديث أباحوا ^(٤) اللعب بالشطرنج ، لما فيه من تشجيع ^(٥) المخاطر .
ولكن الصحيح هو الكراهة ، على ما روينا : « كل لعب حرام إلا
ثلاثة » ^(٦) .

وهذا إذا لم يكن فيه قمار ^(٧) . فأما إذا كان فيه قمار ، فهو حرام محض
لثبوت حرمة نص الكتاب ، وهو قوله تعالى : « إنما الخمر والميسر
والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » ^(٨) .

ولو أن ^(٩) حاملا ماتت وفي بطنها ولد يضطرب : فإن كان غالب

(١) في ب : « باللعب بالشطرنج » وليس فيها : « بالنرد » .

(٢) في ب : « والأربعة عشرة » .

(٣) الدد : البهو واللعب (المختار) .

(٤) في ا و هـ : « رخص » .

(٥) في ا و هـ : « تشجيع » .

(٦) في ا و هـ كذا : « إلا ثلث » . سيأتي في أول كتاب السبق (ص ٥٩٤) أنه

روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل لعب حرام إلا ثلاثة : ملاعبة الرجل
أهله ، ورميه عن قوسه ، وتأذيته فرسه » .

(٧) في ا و هـ : « إذا لم يكن قمارا » . وانظر فيما بعد « كتاب السبق » .

(٨) وردت الآية هكذا في ب . وفي ا و هـ : « حتى » الشيطان . وفي الأصل حتى :

« والميسر » . والآية هي رقم ٩٠ من سورة المائدة وهي وما بعدها : « يا أيها الذين آمنوا

إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » . إنما

يريد الشيطان أن يوقع بينكم البغضاء والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة

فهل أنتم متنبئون » . وقد قال الله تعالى أيضاً في سورة البقرة في الآية ٢١٩ : « يا أيها الذين آمنوا

إنما الخمر والميسر : قتل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإنهما أكبر من نفعهما ... » .

(٩) « أن » ليست في هـ .

الظن أنه ولد حي ، وهو (١) في مدة يعيش (٢) غالباً ، فإنه يشق بطنها ، لأن فيه إحياء آدمي ، بترك تعظيم آدمي (٣) ، وترك التعظيم (٤) أهون من مباشرة سبب الموت (٥) .

ولو ابتلع إنسان (٦) درة رجل ، فأت - لم يشق بطنه ، لاخراج الدرة ، لأن حرمة النفس فوق حرمة المال . وإن (٧) كان الذي ابتلع غنياً ، يضمن قيمة (٨) الدرة (٩) لصاحبها . وإن كان فقيراً ، فيكون (١٠) له ثواب التصديق بها - والله تعالى أعلم .

(١) « وهو » ليست في ا و ح .

(٢) في ب : « يعيش » .

(٣) في ب : « التعظيم آدمي » . وانظر الهامش بعد التالي

(٤) في ح : « تعظيم » . وانظر الهامش التالي

(٥) « من مباشرة سبب الموت » ليست في ح وموضها فيها ياضر و « تعظيم آدمي ... الموت »

ليست في ا .

(٦) « إنسان » ليست في ا و ح .

(٧) في ا و ب و ح : « ظن » .

(٨) « قيمة » ليست في ا و ح .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « الدر » .

(١٠) « فيكون » ليست في ا و ح .

كتاب

السَّبَق^(١)

قال^(٢) :

لَا بَأْسَ بِالمَسَاقَةِ فِي أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ^(٣) : فِي النَّصْلِ ، وَالْحَافِرِ ، وَالْخَفِّ ،
وَالْقَدَمِ - لَمَّا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ : « كُلُّ لَعِبٍ حَرَامٌ إِلَّا
ثَلَاثَةً^(٤) : مَلَاعِبَةُ الرَّجُلِ أَهْلُهُ ، وَرَمِيهِ عَنْ قَوْسِهِ ، وَتَأْدِيبُهُ^(٥) » فَرَسُهُ .
وَتَفْسِيرُ المَسَاقَةِ فِي النَّصْلِ^(٦) - هُوَ الرَّمْيُ بِالسَّهْمِ ، وَالرَّمَاةِ ، وَكُلِّ
سِلَاحٍ يُمْكِنُ أَنْ يَرْمَى بِهِ . فَكَانَتْ^(٧) المَسَاقَةُ بِذَلِكَ^(٨) مِنْ بَابِ
تَعَلَّمَ^(٩) أَسْبَابَ الْجِهَادِ ، فَكَانَ مَرْخَصًا ، وَإِنْ كَانَ فِي الْأَصْلِ مِنَ اللَّعِبِ .
وَتَفْسِيرُ المَسَاقَةِ بِالْحَافِرِ - هُوَ عَدُوُّ^(١٠) الْفَرَسِ وَالْحِمَارِ وَالْبَعْلِ .

-
- (١) فِي ١١ : « كِتَابُ المَسَاقَةِ » . وَفِي التَّامُوسِ : « وَالسَّبَقُ حَرَكَةُ السَّيْفِ » بِالضَّمِّ الْخَطَرِ
يُوضَعُ بَيْنَ أَهْلِ السَّبَاقِ . وَانْظُرْ فِيهَا يَدُ الْمَاهِي ١ ص ٥٩٦ .
(٢) « قَالَ » لَيْسَتْ فِي ب . وَفِي ١٠ : « قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ » .
(٣) « أَشْيَاءُ » لَيْسَتْ فِي .
(٤) « ثَلَاثٌ » .
(٥) « تَأْدِيبٌ » .
(٦) « نَصْلٌ » . وَفِي الْأَصْلِ « وَرَمِيهِ عَنْ قَوْسِهِ » وَتَأْدِيبٌ .
(٧) « كَانَتْ » مِنْ أَوْ . وَفِي ب : « مَكَانٌ » .
(٨) « فِي ب : « بِذَلِكَ لِأَنَّهَا مِنْ » .
(٩) « فِي ب وَ : « تَعَلَّمَ » .
(١٠) « فِي : « لَعْدَا » . وَفِي ١٠ : « وَهُوَ الْفَرَسُ » .

والمراد بالخف^(١) - هو الإبل والبقر، لأنه قد يركب عليها، في باب الجهاد، بعض الناس.

والمراد بالمسابقة بالقدم - هو المشي بالقدم، وهذا مما يحتاج إليه للكر^(٢) والقر في^(٣) الجهاد. فكان من^(٤) رياضة النفس. وأصله ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «سأبت النبي عليه السلام فسبقت، فلما حملت اللحم سابقت^(٥)، فسبقتني، فقلت^(٦): هذه بتلك». . . .

ثم المسابقة على أربعة أوجه: ثلاثة أوجه^(٧) منها حلال، والرابع حرام.

أما أحد الأوجه الحلال - بأن كان السلطان أو أحد من الرؤساء إذا قال^(٨) لجماعة من الفرسان أو لاثنتين^(٩): «من سبق^(١٠) منكم، فله كذا» أو^(١١): «إن سبق فلا شيء عليه^(١٢)» - فن سبق جمل له

(١) في ب: «من الخف».

(٢) في ب: «الكر».

(٣) في ب: «في باب».

(٤) في أ و ح: «فكان هو». وفي ب: «فكان من باب».

(٥) كذا في أ و ج - وفي الأصل و ب: «فسابقت». وفي الكشاف (٢٠٦: ٦).

(٦) مثل ما في المتن.

(٧) في أ و ح: «قلت».

(٨) «أوجه» من أ و ب و ح.

(٩) في أ و ح: «أو أحد من السلطان قال».

(١٠) كذا في ب - وفي ح: «اثنتين». وفي الأصل و أ: «الاثنتين».

(١١) «من سبق» ليست في ح.

(١٢) في أ و ب و ح: «و».

(١٣) «عليه» ليست في ح.

خطر^(١).

وكذا إذا قال لجماعة من الرماة إلى الهدف^(٢): «من أصاب منكم الهدف^(٣)، فله كذا» لأن هذا تحريض^(٤) لهم^(٥) على فعل هو سبب الجهاد في الجملة^(٦).

والترجيح^(٧) من الأوامر في النسيئة^(٨) لبعض الفزاة، تحريضا لهم على الجهاد، جاز، بأن قال: «من قتل قتيلًا فله سلبه»، ومن دخل الحصن أولا فله من النفل كذا» مع أن النسيئة حق الفزاة في الجملة - فهذا^(٩) يعطى من ماله، فأحق^(١٠) بالجواز.

والثاني - أن يسابق^(١١) رجلان أو يسابق^(١٢) جماعة، في السهام أو في^(١٣) الفرس أو^(١٤) المشى بالقدم، وقال لصاحبه: «إن سبقتني فلك

(١) في أو - : «فن سبق فله خطره». وفي ب: «فن سبق حل له خطره». والخطر السبق يتراهن عليه (القاموس المحيط). راجع الهامش ص ٥٩٤.

(٢) «للهدف» من أو ب و - .

(٣) كذا في أو ب و - . وفي الأصل: «للهدف».

(٤) في ج كذا: «الحريص».

(٥) لهم من أو - .

(٦) انظر الهامش التالي.

(٧) في ب كذا: «والترجيح». وفي - و ا: «وفي الجملة التحريض». وسيأتي في السطرين الآخرين من الصفحة المقبلة: «... لأنه تحريض على مباشرة سبب الجهاد في الجملة». وكذا في الكاشاني (٦: ١٦٢٠٦).

(٨) كذا في أو ب و - . وفي الأصل: «في النسيئة».

(٩) في أ: «فهو». (١٠) في أو - : «فألحق».

(١١) كذا في ب و ا. وفي الأصل و - : «سابق».

(١٢) كذا في ت. و «أو يسابق» ليست في - و ا. وفي الأصل: «أو سابق».

(١٣) في «ليست في أو ب و - . (١٤) في أو - : «أو سبق».

كذا وإن سبقتك^(١) فلا شيء عليك - فهذا مباح ، لأن الخطر فيه من أحد الجانبين .

والثالث - وإن كان الخطر من الاثنين^(٢) أو من الجماعة^(٣) ، ومعهم محلل^(٤) يأخذ خطرهم إن سبق ، ولا يغرم إن سبق - فهذا جائز .

والرابع - أن يكون الخطر من كل واحد ؛ على أنه إن سبق فله الخطر ، وإن سبق فيغرم لصاحبه مثله - فهذا لا يجوز ، لأن هذا من^(٥) باب القمار ، وإنه حرام .

ثم إنما يجوز الرهان والمسابقة فيما يجوز أن يسبق^(٦) أحدهما ، ويسبق الآخر . فأما إذا كان في موضع يعلم من حيث الغالب أنه يسبق أحدهما ، فإن ذلك^(٧) لا يجوز ، لأن هذا إيجاب المال للغير على نفسه ، بشرط لا^(٨) منفعة له فيه ، وإنما جوزنا ذلك في الفصل الأول لأنه تحريض على مباشرة سبب^(٩) الجهاد في الجملة^(١٠) .

(١) الكاف من ا و هـ .

(٢) في ا و هـ : « اثنين » .

(٣) في ا و هـ : « جماعة » .

(٤) كذا أيضاً في الكشاف (٦ : ٢٠٦ : ٢٠ وما بعده) .

(٥) في ب : « لأنه من » .

(٦) في ا و هـ : « سبق » .

(٧) في ا و هـ : « فإنه » .

(٨) كذا في ا و هـ . وفي الأصل : « بشرط أن لا » .

(٩) ق ب : « بسبب » . راجع الكشاف ، ٦ : ٢٠٦ : ٢٠ وما بعده .

(١٠) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب المفقود

قال (١) :

يحتاج إلى :

تفسير المفقود ،

وإلى (٢) بيان أحكامه على الخصوص (٣) .

أما الأول

فالمفقود هو الذي غاب عن بلده ، بحيث لا يعرف أثره (٤) ، ومضى
على ذلك زمان ، ولم يظهر أثره (٥) .

وأما حكم

فنعان : أحدهما في الحال ، والثاني في المال .

أما حكم المال :

إذا (٦) تطاول الزمان بعدما فقد من وقت ولادته بحيث لا يعيش

(١) « قال » ليست في ب ، وفي أ وح : « قال رحمه الله » .

(٢) في أ : « وعلى » . وفي ح : « على » .

(٣) في ب وح : « أحكامه الخصوص » .

(٤) في أ وح : « لا يعرف له أثر » .

(٥) في ب : « أمره » . وفي الكسائي (٦ : ١٩٦ : ٣) : « فالمفقود اسم لشخص

غاب عن بلده ولا يعرف خبره أهـ حتى أم ميت » .

(٦) في ح : « لذ » .

مثله إلى ذلك الزمان^(١) ييقين ، أو من^(٢) حيث الغالبية يحكم بموته^(٣) .
وتتبع الفرقة بينه وبين نسائه . ويتبع أمهات أولاده ومديره^(٤) .
ويقسم ماله^(٥) بين ورثته . ولا يرث هو من أحد^(٦) .
ولم يقدر في ظاهر الرواية تقديرأ في ذلك .

وروى ابن زياد عن أبي حنيفة^(٧) أنه قدر ذلك^(٨) بمائة وعشرين
سنة من وقت الولادة^(٩) .

وأما حكم الحال :

فهو أن القاضي هو الحافظ للماله ، والمتصرف فيه فيما^(١٠) يرجع إلى
الحفظ . فإن كان شيئاً مما^(١١) يتسارع إليه الفساد ، فإنه يبيعه ويحفظ
ثمنه . وكذا إذا كان عروضاً ، وحفظ الثمن^(١٢) أيسر . فلا بأس

(١) « الزمان » من أ و ح .

(٢) « من » ليست في ح .

(٣) في ب كذا : « يحكم » و « » .

(٤) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « ومديره » .

(٥) « ماله » ليست في أ و ح .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « واحد » .

(٧) في أ و ح : « وروى الحسن عن أبي حنيفة » . وفي ب : « وروى عن الحسن عن

أبي حنيفة » . والحسن بن زياد الؤلوي (نسبة لى بيع الؤلوي) من أصحاب أبي حنيفة . كان حافظاً
لروايات عن أبي حنيفة . وولى القضاء ثم استغنى . وأخذ عنه محمد بن سباع ومحمد بن شعاع
الطنجي . وله كتاب « الجرد » و « الأمانى » . قيل : توفي سنة ٢٠٤ هـ . (الكنى : القوائد) .

(٨) « ذلك » ليست في أ و ح .

(٩) في أ و ب و ح : « ولادته » .

(١٠) كذا يبدو في الأصل و ب . وفي أ و ح : « فا » .

(١١) « مما » من أ و ح . وفي ب كذا : « فإن كان شيئاً يتسارع » .

(١٢) « الثمن » ليست في ح و ب . وفي أ : « وحفظه أيسر » .

بيعه^(١) . ولا يبيع المقار أصلاً^(٢) .

وإن كان له ودائع يترك في أيديهم ، لكونهم أمناه^(٣) ، مادام المفقود في حكم الأحياء .

ثم إن^(٤) له أن ينفق من ماله على نسائه إن كان^(٥) يعلم ببقاء النكاح بينهما . وكذا على أولاده الصغار ، والذكور^(٦) الكبار الزمنى^(٧) ، والإناث^(٨) .

وإن لم يكن له مال ، وله ودائع^(٩) : فإنه ينفق من ذلك إذا كان من جنس الطعام ، والياب ، والدراهم ، والدنانير .

ولا يبيع المروض للنفقة^(١٠) على هؤلاء ، ولكن للأب^(١١) أن يبيع المروض في نفقته ، لأن للأب^(١٢) ولاية التصرف في مال الابن في الجملة ، وإن لم يكن من باب الحفظ ، بخلاف القاضي .

وهذا إذا كان المودع مقراً بالوديعة وبالنكاح وبالنسب^(١٣) . فاما

(١) في - : « فلا يبيعه » .

(٢) « ولا يبيع المقار أصلاً » ليست في - وموضعا ياض فيها .

(٣) في اوب و - كذا : « أمناه » .

(٤) « إن » من اوب و - .

(٥) « كان » ليست في اوب و - .

(٦) « الذكور » من ب .

(٧) كذا في اوب و - . وفي الأصل : « والزمنى » . والزمن هو الذي طال مرضه زماناً (المغرب) .

(٨) في - كذا : « في الآثار » . وفي ا : « والآثار » .

(٩) في ا : « وإن لم يكن مال ودايع » .

(١٠) في - : « للنفقة » .

(١١) و (١٢) في - : « الأب » .

(١٣) كذا في اوب و - . وفي الأصل : « والنسب » .

إذا كان منكراً ، فإنه ^(١) لا يسمع عليه الخصومة في إثبات المال ، ولا في إثبات النكاح والنسب ، لأن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر ، وإنه غير جائز ^(٢) عندنا .

ولو مات واحد من أقربائه ، فإنه لا يرث ، حتى لا يأخذ القاضى حصته من تركه الميت فيحفظ على المفقود ، ولكن يوقف حتى يظهر ^(٣) أمره ، لأنه حتى من حيث الظاهر ، والظاهر لا يصلح حجة لاستحقاق أمر لم يكن ، ولكن لما كانت ^(٤) الحياة ثابتة ظاهراً ، اعتبر في حق التوقف . ^(٥)

(١) في ا و ح : « ب » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « جائزة » .

(٣) في ا و ب و ح : « إلى أن يظهر » .

(٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « كان » .

(٥) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب

اللقيط واللقطة وجعل الآبق^(١)

قال^(٢) :

يحتاج إلى :

تفسير اللقيط ، واللقطة ، والآبق^(٣) ، والضالة ،
وإلى بيان أحكامها على الخصوص .

< أما الأول - فنقول : >

أما اللقيط - فما يلتقط ويؤخذ مما طرح على الأرض^(٤) من صنار
بني آدم .

واللقطة - ما يلتقط مما يوجد^(٥) مطروحا على الأرض^(٦) من الأموال
من^(٧) غير الحيوان .

(١) في ١ : « كتاب اللقيط واللقطة والآبق والضالة » .

(٢) « قال » ليست في ب . وفي ١ و ٢ : « قال رحمه الله » .

(٣) في ١ و ٢ : « وجعل الآبق » .

(٤) في ب : « فما يلتقط ويوجد مطروحا على وجه الأرض » . وفي ١ و ٢ : « فما يلتقط

ما يوجد مطروحا على الأرض » .

(٥) كذا في ١ و ب و ٢ . وفي الأصل : « مما يؤخذ » .

(٦) في ب : « على وجه الأرض » .

(٧) « من » ليست في ٢ .

والآبق - هو المملوك الذي فر من صاحبه ^(١) قصدا . .
والضالة - هي الدابة التي نذت ^(٢) وضلت ^(٣) الطريق ^(٤) إلى مربطها .
< وأما الثاني - فنقول : >

أما حكم ^(٥) اللقيط - فنقول :

إن اللقيط يساوي ^(٦) الصبي الذي ليس بلقيط ، في عامة الأحكام .
وله أحكام على الخصوص :
منها - أن التقاطه واجب على كل من ^(٧) وجدّه ، لأن في تركه
ضياعه ، فيجب عليه ^(٨) صيائه .

ومنها - أنه إذا التقطه ^(٩) فإن شاء تبرع بتربيته والاتفاق عليه ، وإن
شاء رفع الأمر إلى السلطان ليأمر بتربيته ، أحدا ، من مال ^(١٠) بيت المال ،
والإتفاق عليه ^(١١) ، لأن ^(١٢) بيت المال معد ^(١٣) لحوائج جميع المسلمين .

(١) في ب : « مولا » . وانظر فيما بعد ص ٦١٣ وما بعدها .

(٢) نَذَّ البعير قر وذهب على وجه شاردا (الصباح) .

(٣) في أ و ب : « ضلت » . وفي ح كذا : « فظلت » .

(٤) « الطريق » ليست في أ و ح . وانظر فيما بعد ص ٦١٣ .

(٥) « حكم » ليست في أ و ح .

(٦) في أ و ح كذا : « صا » .

(٧) « من » ليست في ح .

(٨) « عليه » ليست في أ و ح .

(٩) « الما » من أ و ب و ح .

(١٠) في ب : « مال » . وفي أ : « مال من » .

(١١) « ولأن شاء ... والاتفاق عليه » ساقطة في ح .

(١٢) في ب : « لأن مال » .

(١٣) في ح كذا : « لأن بيت ليد » .

وهذا إذا لم يكن له مال . فإن كان^(١) له مال ، بأن وجد الملتقط معه مالا ، فيكون^(٢) مال القبط - فنفقته من ذلك المال ، لأنه غير محتاج^(٣) ، فلا يثبت حقه في بيت المال .

ولو^(٤) أنفق عليه^(٥) الملتقط ، ليرجع عليه بعد بلوغه : فإن^(٦) كان بإذن القاضي ، له أن يرجع ، وإلا فيكون متبرعاً .

ومنها - أن الولاية عليه للسلطان في^(٧) حق الحفظ ، و^(٨) في حق التزويج ، لقوله عليه السلام : « السلطان ولي من لا ولي له » ، وليس للملتقط ولاية التزويج .

وإذا تزوجه السلطان ، فالمر^(٩) في بيت المال ، وإلا إذا كان للقبط^(١٠) مال ، فيكون في ماله .

ومنها - الولاء : فيكون ولاؤه لبيت المال ، حتى إنه^(١١) إذا جنى على

(١) في أ : « فأباً إذا لم يكن » .

(٢) في ب : « ويكون » .

(٣) « نفقته ... غير محتاج » ليست في ب وموضعا ياض .

(٤) في أ و ب : « فإن » .

(٥) في ب : « عليها » .

(٦) التاء من أ و ب .

(٧) في أ : « من » . وفي ب : « السلطان من » .

(٨) « و » ليست في أ و ب .

(٩) في ب : « في المهر » .

(١٠) في أ و ب : « القبط » .

(١١) « إنه » ليست في ب و أ .

إنسان ، خطأ ، فإن ذلك يكون^(١) في بيت المال ، لأن عاقلته^(٢) جميع المسلمين^(٣) ، فيكون^(٤) عقله من^(٥) مالهم ، وهو مال بيت المال . وكذلك ميراثه : لبيت المال^(٦) إذا لم يظهر^(٧) له وارث .

ومنها - حكم الخوية : فهو حر^(٨) من حيث الظاهر ، لأن دار الإسلام دار حرية فيني^(٩) على الظاهر .

ولو ادعى الملتقط أنه عبده^(١٠) : <ف> إن لم يقر بأنه لقيط ، فالقول قوله ، لأن الصغير لا يدل له ، فهو و^(١١) سائر الأموال سواء ، فإذا^(١٢) كان في يده فهو ملكه^(١٣) ظاهرا ، فيكون القول قوله . فأما إذا أقر أنه لقيط ، <ف> لا يصح دعواه ، لأنه ثبتت حرته^(١٤)

(١) « يكون » ليست في أ و ح .

(٢) في ح : « عاقله » .

(٣) في أ و ح : « المسلمون » بدلا من : « جميع المسلمين » .

(٤) في ب : « يكون » .

(٥) في أ و ب و ح : « في » .

(٦) « وكذلك ... المال » ليست في أ و ح .

(٧) في أ و ب و ح : « إذا لم يكن » .

(٨) « حر » ليست في ب .

(٩) في ب كذا : « سي » .

(١٠) في ب : « عبده » .

(١١) « و » ليست في ح .

(١٢) الفاء من أ و ب و ح .

(١٣) في أ و ح : « مالكه » .

(١٤) في ب كذا : « لا ثبت حرته » .

ظاهراً^(١) :

ولو بلغ اللقيط وأقر أنه عبد فلان : إن^(٢) لم يميز عليه^(٣) حكم
الاحرار ، من قبول شهادته وضرب قاذفه ونحو ذلك ، يصح^(٤) إقراره .
وإن أجرى^(٥) عليه من أحكام الحرية شيء ، لا يصح . .

ومنها - حكم^(٦) للنسب : إذا ادعى الملتقط ، أو غيره ، أنه ابنه ،
والمدعى^(٧) مسلم أو ذمي ، فالقياس^(٨) أن لا يصح دعواه^(٩) ، إلا
بالبينة^(١٠) . وفي الاستحسان : يصح ، لأن في^(١١) هذا نفع للصغير^(١٢) .
ولو ادعاه رجلان : أحدهما مسلم ، والآخر ذمي - فإنه يثبت نسبه
من المسلم . .

ولو ادعى المسلم أنه عبده ، والذمي أنه ابنه - فإنه يثبت^(١٣) نسبه^(١٤)

(١) زاد في او - : « فيكون القول قوله » - ولعله أن يكون خطأ من الناسخ إذ كرر منه
البارة وقد وردت فيها سلف (في السطر قبل السابق) .

(٢) « إن » ليست في او - .

(٣) « عليه » من او ب و ح .

(٤) في او - : « وصح » .

(٥) في او ب و ح : « جرى » .

(٦) « حكم » ليست في او - .

(٧) « والمدعى » ليست في او ب و ح .

(٨) في او - : « والقياس » . وفي ب : « القياس » .

(٩) في ب : « دعواه » .

(١٠) في او - : « ببينة » .

(١١) « في » من ب .

(١٢) في - كذا : « لأن هذا نفع للصغير » .

(١٣) كذا في او ب . وفي الأصل : « ثبت » .

(١٤) « من المسلم ولو ادعى المسلم ... نسب » ليست في - .

من الذمى ، حتى ثبت له ^(١) الحرية ، ويكون مسلماً ، لأن حكمه حكم ^(٢) دار الإسلام .

ولو كانا مسلمين و ^(٣) أحدهما عبد مأذون أو مكاتب ^(٤) : فالنسب ^(٥) يثبت من الحر .

ولو كانا حريين مسلمين : < ف > إن لم يكن لهما ينة ولم يذكر أحدهما علامة ، أو ^(٦) ذكر أحدهما العلامة ^(٧) ، أو ^(٨) أقاما جميعا الينة ^(٩) - فهو بينهما .

وإن كان لأحدهما ينة ، أو ذكر ^(١٠) العلامة ، و ^(١١) لم يكن للآخر ذلك ^(١٢) - فالأول أولى ، لأنه ترجح ^(١٣) جانبه بمرجع .

وإن ادعت امرأة اللقيط أنه ابنها : < ف > إن لم يكن لها زوج :

(١) « له » ليست في او - .

(٢) « حكم » ليست في او - .

(٣) « و » ليست في او - .

(٤) في اكنا : « ... مسلمين أحدهما مكاتب أحدهما حر والآخر مكاتب » . وراجع

باب الكتابة ص ٤١٦ وما بعدها من الجزء الثاني .

(٥) في - : « والنسب » .

(٦) « ولو كانا حريين ... علامة أو » ليست في او - . وفيها مكانها : « فإن » .

(٧) في او - : « علامة » .

(٨) في او ب و - : « و » .

(٩) في او - : « وأقاما ينة » .

(١٠) في او - : « وذكر » .

(١١) « و » ليست في او - .

(١٢) في ب : « ولم يذكر الآخر ذلك » .

(١٣) في او - : « يترجح » .

لا يصح، لأن في ذلك حمل النسب على الغير^(١). وإن كان لها زوج، فصدقها، أو شهدت لها القابلة، أو شاهدان: يثبت النسب بينهما^(٢). ولو ادعت امرأتان: <ف> إن لم يكن لهما^(٣) بيعة: لا تقبل^(٤). وإن أقاما^(٥) البيعة على أنه ابنها^(٦) من فلان: <ف> عن أبي حنيفة أنه^(٧) (٨) يقبل^(٩) منهما، و^(١٠) من الرجل^(١١). وعن^(١٢) محمد وروايتان: في رواية^(١٣) أبي حفص: يجمل ابنهما^(١٤)، وفي رواية أبي سليمان: لا يجمل ابنهما^(١٥). وأما حكم الاسلام - فقد اختلفت الرواية عن أصحابنا: <ف> في

(١) الوجود في السر (١٥٧ : ٥) وفي الزيلعي (٢٩٩ : ٣) وفي ابن عابدين (٣ : ٣٤٦ طبة الحلبي) وفي الفتاوى الحانية (٣٨ : ٣٩٨) أنه إذا ادعت امرأة لزوج لها، وثلاث «هو ابن»، وجب ذلك شهادة رجلين - ومعنى هذا أن دعواها مقبولة. وأنها تتوقف على إقامة بيعة ثامة. ولا تحمل شهادة القابلة لعدم قيام زوجية حينئذ. كما يلاحظ أن تبليط عدم الصحة بأن في الدعوى حمل النسب على الغير واضح إذ افترض أن لا زوج للدمية وأنها إنما تدعى الولادة فقط.

- (٢) في ب : « منها » .
- (٣) في ب : « لها » . وفي أ : « لم تكن لها » .
- (٤) في أ وب ج : « لا يقبل » .
- (٥) في ح وب : « أقامت » . وفي أ : « أقامت » .
- (٦) في أ : « على أنها ابنها » .
- (٧) في ب : « عند » .
- (٨) « أنه » ليست في ب .
- (٩) « يقبل » من أ وب ح .
- (١٠) « و » ليست في ح . وانظر الهامش التالي .
- (١١) « ومن الرجل » ليست في أ . وراجع الهامش السابق .
- (١٢) في ب : « وعند » .
- (١٣) « روايتان : في رواية » ليست في ح وموضعا فيها يباين .
- (١٤) في أ و ح : « بينهما » . وانظر الهامش التالي .
- (١٥) في ب : « بينهما » . وفي أ : « يجمل ابنهما » . راجع الهامش السابق .

ظاهر الروايات^(١) : اعتبر المكان دون الواجد - فإن وجد في دار الإسلام^(٢) : يكون مسلماً . وإن^(٣) وجد في كنيسة اليهود ، أو في بيعة^(٤) النصراني ، أو في^(٥) قرية كلهم أهل الذمة : فهو تبع لهم .

وفي رواية : اعتبر الواجد ، كيفما كان ، دون المكان .

وفي رواية : اعتبر جانب الإسلام : إما الواجد ، أو^(٦) المكان .

وأما حكم اللفظة على الخصوص :

فنها - أن من ظفر على قطعة^(٧) ، فلا تأخذ أولى . أما الترك : > فقالوا : إن كان يأمن على نفسه أنه يُعْرِضُهَا ويردها على صاحبها ، ولا محالة أو غالباً ، فلا تأخذ أولى^(٨) ، لأنه ربما يأخذ^(٩) فاسق لو تركه . وأما^(١٠) إذا كان لا يأمن على نفسه^(١١) فالترك أولى ، لأن صيانة نفسه عن

(١) في أ و ح : « الرواية » .

(٢) في ح : « في دار الإسلام والواجد » . وفي أ : « في دار الإسلام الواجد » .

(٣) في ح و أ : « فإن » .

(٤) كذا في أ . وفي ح : « أويبة » . وفي الأصل و ب : « وبيعة » .

(٥) « في » ليست في ب .

(٦) في أ و ح : « و » .

(٧) في ب : « بقطعة » . وفي التهذيب : « ظفر به أو عليه » .

(٨) « أما الترك ... فلا تأخذ أولى » من أ و ب و ح على خلاف بين هذه النسخ ففى أ سقطت

كلمة « أولى » . وفي ب : « ... أنه يتصرف وترد إلى صاحبها » . وفي ح : « أنه يعرف ويرد على صاحبها » .

(٩) الهاء من أ و ب و ح .

(١٠) الواو من ح .

(١١) « على نفسه » من أ و ح .

الوقوع في القساد أولى^(١)، مع احتمال أن يأخذ مصلح، فيصل^(٢) إلى صاحبه أيضا.

• • •

وإذا أخذ وأراد^(٣) أن يضمها مكانها^(٤)، وندم على الأخذ، فوضعها - هل يضمن؟ في ظاهر الرواية: لا يضمن^(٥)، وفي بعض الروايات: يضمن - وهو قول الشافعي.

ولو دفعها، إلى غيره، بغير إذن القاضى - فإنه يضمن، لأنه يجب^(٦) عليه حفظها^(٧)، بنفسه، بالتزامه الحفظ^(٨)، بالاتقاط^(٩).

ولو هلك في يده - فإن^(١٠) أشهد على اللقطة، بأن قال للناس: «إني وجدت لقطة فن طلبها»^(١١) فدلوه^(١٢) على: فإنه لا^(١٣) يضمن. ولو لم يشهد: <ف> عند أبي حنيفة: يضمن، وعندهما: لا يضمن إذا كان

(١) «أولى» ليست في أ. ح.

(٢) في ب: «يصل».

(٣) في أ وب و ح: «فأراد».

(٤) في ب: «في مكانها» - وفي أ و ح: «بمكانها».

(٥) «لا يضمن» ساقطة في أ.

(٦) في أ وب و ح: «وجب».

(٧) في الأصل وأ وب و ح: «حفظه».

(٨) في أ و ح: «الحفظ».

(٩) في أ كذا: «بالاتقاط» -

(١٠) كذا في أ و ح. وفي الأصل: «لذا». وفي ب: «إن».

(١١) في أ و ح: «فن يثبثها». وفي ب: «يثبثها».

(١٢) في أ وب و ح: «دلوه».

(١٣) «لا» ليست في ح.

أخذه ليرده إلى^(١) صاحبه ويحلف على^(٢) ذلك إن لم يصدقه صاحبه .

ثم المتتبع إذا أخذه^(٣) ليرده إلى^(٤) صاحبه^(٥) ، وأشهد : ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي : فإن كانت^(٦) اللقطة حيواناً ، فالقاضي يأمره حتى يؤاخرها^(٧) ، فتكون^(٨) نفقتها ومثوتها من الأجرة ، وإن رأى المصلحة في ذلك . وإن لم ير المصلحة في الإجارة : فإن رأى أن يأمره بأن ينفق^(٩) عليها بمال^(١٠) نفسه ، ليرجع على صاحبه^(١١) ، فمل ، وإن رأى أن يبيعه^(١٢) ويأمره بإمساك ثمنها^(١٣) - فمل .

ويعرف ذلك سنة في جواب ظاهر الرواية ، وفي رواية الحسن : على قدر حال^(١٤) اللقطة : في النفيس سنة ، و^(١٥) في الدنى^(١٦) الذي قيمته

(١) في ح : « على » .

(٢) « على » من اوب . وانظر فيما بعد الهامش .

(٣) الماء من اوب . وانظر الهامش بعد التالي

(٤) في ا : « على » . وانظر الهامش التالي

(٥) « ويحلف على ذلك ... صاحبه » ليست في ح .

(٦) في ب : « كان » .

(٧) في ا : « يأمره ليؤاخرها »

(٨) كذا في ب . وفي الأصل واو ح : « فيكون » .

(٩) في او ح : « فإن رأى أنه ينفق » .

(١٠) في او ح : « من مال » .

(١١) في او ح : « على صاحبه بها » .

(١٢) كذا في او ح . وفي الأصل وب : « يبيعه » .

(١٣) كذا في او ح . وفي الأصل وب : « ثمنه » .

(١٤) « حال » ليست في او ح . (١٥) « و » مضافة في ح .

(١٦) « الدنى » ليست في او ب وح قتيها : « وفي الدنى » مع سقوط الواو في ح .

كما نبهنا في الهامش السابق .

زائدة على عشرة دراهم^(١) : لا ينقص من شهر على هذا الاعتبار^(٢) .

فإذا مضى وقت التمرif ، ولم يظهر صاحبها : فإن كان الرجل موسراً : لا يحل له أن ينفق على نفسه ، ولكن^(٣) يتصدق^(٤) بها على الفقراء . وقال^(٥) الشافعي : يحل . وإن كان مسيراً : له أن يتصدق^(٦) على نفسه ؛ وإن شاء : يتصدق^(٧) بها^(٨) على الفقراء .

فإن ظهر صاحبها : < ف > إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها . وإن شاء أخذ^(٩) من المتصدق عليه ، وإن شاء ضمن المتقط^(١٠) .

وإن كان شيئاً يتسارع إليه^(١١) الفساد ، فإنه يرفها ، بقدر ما لا يفسد ، ثم يتصدق ، أو ينفق على نفسه على ما ذكرنا .

وإنما يدفع إلى من يدعى اللقطة إذا أقام البينة . فإن^(١٢) ذكر

(١) كذا في ب . وفي الأصل واو : « على عشرة » .

(٢) « على هذا الاعتبار » ليست في ا . وفي ح : « على الاعتبار » .

(٣) « على قه ولكن » ليست في ح وموضها يافى .

(٤) في ح : « تصدق » .

(٥) في ا وب و ح : « وعند » .

(٦) في ا و ح : « ينفق » .

(٧) في ب : « تصدق » .

(٨) « بها » ليست في ا وب و ح .

(٩) في ا و ح : « أخذه » .

(١٠) كذا في ا وب . وفي الأصل : « من المتقط » . وفي ح : « ولان شاء أو من المتقط » .

(١١) كذا في ا وب و ح . وفي الأصل : « إليها » .

(١٢) في ا و ح : « ولان » .

علامات^(١) هي فيها^(٢) : فإن شاء الملتقط صدقه^(٣) ودفع إليه^(٤) ، وإن شاء امتنع حتى^(٥) يقيم اليقنة .

وكذا الجواب في الدرّة الضالة ، من النعم والايول وغيرهما^(٦) . فأما إذا لم تكن ضالة ، ولكنها تفرقت^(٧) في المراعى ، فإنه لا يأخذها ، لأن ذلك أمر^(٨) معتاد ، إذا كان قريباً من البلدة^(٩) أو القرية أو الحياض^(١٠) . فأما إذا كان غالب^(١١) ظنه أنها ضالة ، فإنه يأخذها .

وأما العبد إذا لم يكن ضالاً للطريق ، ولكنه آبق^(١٢) ، من صاحبه . فالجواب ما ذكرنا . ولكن ههنا متى رده إلى المالك : إن كان من مسيرة سفر ، يستحق^(١٣) الجمل على^(١٤) صاحبه : أربعين درهماً عندنا ، وعند الشافعي : لا يجب شيء .

(١) في هـ : « علامة » وكتب فوق آخرها « مات » أي « علامات » فيكون فيها : « علامة » و « علامات » .

(٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « هي حقا » وقد تكون : « هي حقا » .

(٣) في ا : « صدقها »

(٤) ودفع إليه « ليست في ا و ح » .

(٥) في ا كذا : « على » .

(٦) في ا و ح : « وغيرها » . راجع فيما تقدم ص ٦٠٣

(٧) في ا و ب و ح : « تفرقت » .

(٨) في ب : « لأنه أمر » .

(٩) اناء من ا و ح .

(١٠) في ا : « والقرية والحياض » .

(١١) « غالب » ليست في ب .

(١٢) في ح كذا : « أبوا » . راجع فيما تقدم ص ٦٠٣

(١٣) في ا و ح : « يستحق عليه الجمل » . (١٤) « على » ليست في ب .

وإن كان الردف أقل من مدة^(١) السفر: يستحق الرضخ^(٢) بقدره^(٣).
ولو كان الراد اثنين، فيكون الجمل بينهما.
وهذا إذا كانت^(٤) قيمته أكثر من أربعين درهما^(٥).
فأما إذا كانت^(٦) أربعين، أو دون ذلك^(٧)، فإنه ينقص من الجمل
درهم^(٨) عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا ينقص منه شيء^(٩).
ولو كان الراد من كان في^(١٠) عياله، لا يستحق الجمل. فأما
من^(١١) لم يكن في عياله، فإنه يستحق، سواء كان أجنبياً أو ذارحم
محرم^(١٢) منه، إلا الوالدين والمولودين^(١٣): ففيه اختلاف بين أبي يوسف
ومحمد^(١٤).

(١) في ب و - « الرد من غير مدة السفر » . وانظر الهامش التالي .

(٢) في أ كذا: « الرد من أدنى مدة الرضخ » والرضخ النسيء القليل المعطى (المترب) وفي ب: « الرضخ » .

(٣) أي بقدر عنائه، وتنبه لأن الواجب بمقابلة العمل فيقدره بقدره (الكاساني ٦ : ٢٠٠ : ٢٤ - ٢٥) .

(٤) كذا في أ و - وفي الأصل و ب : « كان » .

(٥) « درهما » ليست في ب . وانظر فيها بعد الهامش ٩ .

(٦) كذا في أ و - وفي الأصل و ب : « كان » . راجع الهامش السابق

(٧) في أ : « وأما إذا كانت قيمته أقل من ذلك » .

(٨) في ب : « درهما » . وانظر الهامش التالي .

(٩) في ب : « شيئاً » - احتج بما روى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال :

من كل رأس أربعين درهماً - اعتبر الرأس دون القيمة - وجه قولها أن الواجب معاوول بمعنى

الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة فلا بد أن ينقص

من قيمته درهم ليكون الصوت بالاختصاص منقداً والحديث محمول على ما إذا كانت قيمة كل رأس أكثر

من أربعين درهماً توفيقاً بين الدلائل بقدر الإمكان (الكاساني ٦ : ٢٠٥ : ٢٨ وما بعده) .

(١٠) « في » ليست في - وفي أ : « من » .

(١١) في أ و - : « لذا » .

(١٢) في ب : « المحرم » .

(١٣) « والمولودين » ليست في أ . (١٤) زاد في ب : « والله أعلم بالصواب » .

كتاب الخنثى

قال (١) :

الخنثى من يكون (٢) له آلة الرجال وآلة (٣) النساء . والشخص الواحد لا يكون ذكراً وأنثى ، ولكنه يحتمل أن يكون ذكراً ، وآلة النساء (٤) في حقه نقصان ، بمنزلة موضع شجرة (٥) لم تلثم (٦) ، ويحتمل أن يكون أنثى ، وآلة الرجال في حقها زيادة (٧) ، بمنزلة الاوصبع الزائدة . والشرع جعل العلامة الفاصلة بينهما (٨) ، قبل البلوغ ، هو (٩) المبال ، على ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : « الخنثى يورث من حيث

(١) في ب : « قال الشيخ رحمه الله » . وفي ا و ح : « قال رحمه الله » .

ملاحظة : في الكسائي (٣٢٩:٧) : « ووجدت في شرح مسائل المجرى المنسوب إلى الإمام اسماعيل بن عبد الله البيهقي رضي الله عنه الذي اختصر المبسوط والجامعين والزيادات في مجلدة واحدة وشرحه بكتاب لقيه « الشامل » بآياً في الخنثى فأجبت أن ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من أصل الشيخ وهو « باب الخنثى » : قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ... الخ » .

(٢) « يكون » ليست في ا و ح .

(٣) « آلة » من ا و ح .

(٤) « والشخص الواحد ... وآلة النساء » ليست في ب .

(٥) في ب : « شحمه » .

(٦) كذا في ح و ب . وفي الأصل : « لم يلثم » . وفي ا كذا : « لم تلثم » .

(٧) في ب : « زيادة » .

(٨) « بينهما » ليست في ب .

(٩) « هو » ليست في ا و ح . وفي ب : « هي » .

يبول» - فلما^(١) جمل الأمانة^(٢) هذا في حق الإردث ، فكذا في حق^(٣) الأحكام التي تختص بالحنث : يجب أن يكون هو^(٤) العلامة . فإن^(٥) كان يبول من مبال الرجال ، فهو ذكر . وإن كان يبول من مبال النساء ، فهو أنثى . وإن كان يبول منهما جميعا^(٦) ، فالحكم للأسبق^(٧) منهما^(٨) . وإذا^(٩) استويا في السبق : قال أبو حنيفة : أتوقف فيه^(١٠) . وقالوا : يعتبر الأكثر في ذلك ، ثم إذا^(١١) استويا^(١٢) في الكثرة والعلة ، توقفا فيه أيضا^(١٣) كما توقف^(١٤) أبو حنيفة . والتوقف في موضع^(١٥) عدم الدليل ، واجب - وهو الحنث المشكل . وإنما يظهر الحال ، ويحول الإشكال ، بالبلوغ : بظهور^(١٦) الحيض ،

(١) كذا في أو - . وفي الأصل وب : « لا » .

(٢) في أو ب و - : « العلامة » .

(٣) « حق » من أو ب و - .

(٤) في أو ب و - : « هي » .

(٥) كذا في أو ب و - . وفي الأصل : « ولد » .

(٦) « جميعا » من أ .

(٧) كذا في أو ب . وفي الأصل و - : « الأسبق » .

(٨) في أو - : « منها » .

(٩) في أو - : « وإن » .

(١٠) في ب : « التوقف فيه » . وفي أو - : « أنه أتوقف فيه » .

(١١) في ب : « وإذا » .

(١٢) في - كذا : « استويا » .

(١٣) « أيضا » من أو ب و - . وفي أو - : « يوقفا ... »

(١٤) في أو - : « كما قال بالتوقف » .

(١٥) « موضع » ليست في أو - .

(١٦) في أ : « ويظهر » .

والجبل ، ونهود الثديين ، ونبات اللحية ، والاحتلام ، ونحوها -
 فيجري ^(١) عليه أحكام ^(٢) الذكر أو ^(٣) الأنثى.

فأما في مال كونه مشكوك فيه أعظم مخصوصة - منها :
 الختان ^(٤) - ينفى ^(٥) أن يشتري له جارية ^(٦) ، ختانة ^(٧) ، من ماله وإن
 كان له مال ^(٨) ، و ^(٩) من مال الأبوين ^(١٠) وإن كان ، وإلا فالقاضي
 يشتري له ^(١١) من مال ^(١٢) بيت المال جارية ختانة ^(١٣) فتختته ^(١٤) :
 فإن كان ذكر أفهى ^(١٥) جاريته ، وإن كان أنثى ، فالأنتى قد ^(١٦)
 تختن ^(١٧) الأنثى عند الحاجة إليه ^(١٨).

-
- (١) في - : « يجز » .
 (٢) في ا : « الأحكام » .
 (٣) المعززة من ا . في غيرها : « و »
 (٤) في ب : « لأن الختان » .
 (٥) « ينفى » من ا و ب و ح .
 (٦) « جارية » ليست في ب .
 (٧) في ا و ح : « ختانة » .
 (٨) « لأن كان له مال » من ا و ب و ح .
 (٩) في ب و ا : « أو » .
 (١٠) في ح : « أبويه » . وفي ا : « أو لأبويه مال لأن كان » .
 (١١) « له بمن ا و ح » .
 (١٢) « مال » من ب .
 (١٣) « جارية ختانة » من ا . وفي ب و ح : « جارية » فقط .
 (١٤) « كذا في ا و ح . وفي ب : « تختته » . وفي الأصل : « فتختته » .
 (١٥) « كذا في ب و ا . وفي الأصل و ح : « فهو » .
 (١٦) « قد » ليست في ا و ح .
 (١٧) « كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « تختن » .
 (١٨) راجع الكاساني ، ٧ : ٣٢٨ ، ٩

ولا يلبس الطوير احتياطاً^(١).

وموقفه في الصلاة خلف صف الذكور، قبل صف النساء^(٢).

وكذا في توثيب الجنائز عند الاجتماع : تقدم جنازته على جنازة
الآل^(٣).

وتفصله زوجته^(٤) وإن كانت، وإلا فلا يفصل، ولكن ييمم^(٥) :
إن^(٦) كان له ذو رحم محرم ييممه^(٧) بلا خرقه، وإن كان
أجنبياً^(٨) فمع^(٩) الخرقه^(١٠).

وأما حكم الميراث - فمندا صحابنا : يكون له^(١١) أقل الأنصاء، وهو
نصيب الأنتى إن كان^(١٢) أقل. وإن كان أكثر في بعض الأحوال :
يكون له نصيب الذكور^(١٣).

(١) قدعنا (ص ٥٨٣) أن ليس الحرير مباح للنساء حرام في حق الرجال .

(٢) في أوب و - : « صلاة » .

(٣) كذا في أوب و - . وفي الأصل : « الرجال » .

(٤) في ب : « الأنتى » . وراجع ص ٢٤٧ من الجزء الأول .

(٥) « زوجته » ليست في أ و - .

(٦) في - : « ييمم » . وفي أ : « ييمم » وفي الأصل و ب : « يؤمم » . وانظر ما يلي في المتن .

وراجع ص ٣٨٢ من الجزء الأول .

(٧) م : « ولد » .

(٨) في ب و - و أ : « يومه » . راجع المأثم قبل السابق .

(٩) في ب : « أجنبي » .

(١٠) في - : « مع » . راجع ص ٣٨٠ - ٣٨١ من الجزء الأول .

(١١) « له » ليست في أ و - .

(١٢) « كان » ليست في - .

(١٣) في أ : « الذكر » .

وعلى قول الشَّامي^(١) : يكون له نصف ميراث الرجال ، ونصف ميراث النساء .

بيانه :

— إذا ترك ابناً معروفاً^(٢) وخنثى^(٣) : للابن الثلثان ، وللخنثى الثلث ، لانه أقل .

— وإذا ترك خنثى^(٤) وعصبة : فللخنثى النصف ، وهو ميراث البنت ، والباقي للعصبة .

— ولو ترك أختاً لأب وأم ، وخنثى < لأب >^(٥) ، وعصبة — يجعل^(٦) أنثى ، كأنه ترك : أختاً لأب وأم ، وأختاً لأب ، وعصبة : ففلاخت للأب والأم^(٧) النصف ، وللخنثى^(٨) السدس . والباقي للعصبة^(٩) .

(١) هو أبو عمرو عامر بن شرّاحبيل — كوفي تلميذ جليل القدر والمر العلم . كانت أمه من سبي جملولاء وهي قرية بتاحية فارس كانت بها الوقعة المشهورة زمن الصحابة . ولد بالكوفة سنة ٥٢١ هـ . (أو ١٧ أو ١٩ أو ٢٠ أو ٣١ هـ) وتوفي بالكوفة سنة ١٠٤ هـ (أو ١٠٣ أو ١٠٥ أو ١٠٦ أو ١٠٧ هـ) . والشَّامي نسبة إلى شَمْب وهو بطن من تَمْدَدَان وقيل نسبة إلى جبل باليمن (ابن خلكان ، وفيات الأعيان ، مطبعة النهضة المصرية سنة ١٩٤٨ هـ رقم ٢٩٤ ص ٢٢٧ وما بعدها) . وهو من أشياخ أبي حنيفة (ابن هاديّ ، رد المحتار ، ٥ : ٥٠٧)

(٢) كذا في أ و ب و ج . وفي الأصل : « معرفاً » .

(٣) ب : « وولد خنثى » .

(٤) في ب : « أو » .

(٥) في ب : كذا : « وخنثى الأب وعصبته » . وقد تكررت هذه المسألة فيها (كما سنشير

فيها بعد في الملامح ٩) . وفي المكرر قال : « وخنثى لأب » .

(٦) في ج : « فيصل » .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل : « فلاخت للأب والأم » . وفي أ و ج : « فلاخت لأب وأم » .

(٨) في ب و ج : « والخنثى » .

(٩) « ولو ترك أختاً لأب . . والباقي للعصبة » كررت في ب . راجع فيها قدم الملامح .

« وإن تركت ^(١) زوجاً وأختاً لأب وأم، وخنثى لأب ^(٢) : فلزوج ^(٣) النصف، وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى، ويجعل ذكرراً، لأن هذا أسوأ حاله، لأننا لو جعلناه أنثى يكون نصيبه السدس، وتطول المسألة، ولو جعلناه ^(٤) ذكراً لا يرث ^(٥) شيئاً ^(٦) - كما إذا تركت زوجاً، وأختاً لأب وأم، وأختاً لأب ^(٨) على هذا القياس. ويان قول الشعبي، وتفسير قول ^(٩) أبي يوسف، وتخريجه له، وتخريج محمد، على وجه آخر، يذكر في الفرائض إن شاء الله تعالى ^(١٠) - ونشير إليه هنا ^(١١) :

(١) كذا في أ و ب و ج . وفي الأصل : « ترك » .

(٢) « لأب » من ب . انظر المامق الثاني

(٣) في « كذا » : « وأختاً لأب وأم فلزوج » .

(٤) في « : » « جعلنا » .

(٥) في ب : « لا يرث » .

(٦) « شيئاً » من أ و ج .

(٧) في ب : « لو » .

(٨) كذا في « . وفي الأصل : « وأختاً لأب » . وفي ب :

« كما لو تركت زوجاً وأختاً لأب - على هذا القياس » .

ويمكن جعل ماورد في « وأختنا » في المتن أنه تشبيه لما افترض الخنثى ذكراً إذا الأخ لأب لا يرث لأنه عصب ويكون الزوج النصف وللأخت الشقيقة النصف . وأما ماورد في الأصل و أ فهو تخيل لما افترض الخنثى أنثى إذا لو تركت زوجاً وأختاً شقيقة وأختاً لأب (أو أختاً لأب) فإن الزوج يأخذ النصف والأخت الشقيقة تأخذ النصف والأخت لأب (أو الأخت لأب) تأخذ السدس وتطول المسألة .

(٩) « قول » من أ و ب و ج .

(١٠) « في الفرائض » من ب . وفي الأصل : « في الفرائض » .

في السكاني (٧ : ٣٢٨ - ٣٢٩) .

(١١) « وتخريج محمد ... هنا » ليست في أ و ج . وفيها بدلا منها : « وتخريج : إذا ترك » .

إذا ترك أبنا وخنتي : < ف > على تخريج أبي يوسف : يحمل المال
بينها على سبعة أسهم : للابن المعروف أربعة ، وله ثلاثة^(١) .
وعلى تخريج محمد : الميراث بينها^(٢) على اثني عشر سهماً ، بطريق
تفزيل^(٣) الأحوال^(٤) ، فيكون للابن المعروف سبعة ، وللخنتي خمسة^(٥) .
والله تعالى أعلم بالصواب^(٦) .

(١) قال الكاساني في البدائع (٧ : ٣٢٩) : « وجه قول أبي يوسف وتخريجه لقول
الشيء أنه يحتمل أن يكون ذكراً ، ويحتمل أن يكون أنثى . فإن كان ذكراً فله نصيب ابن ،
وهو سهم ، وللابن المعروف سهم . وإن كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم وللابن المعروف
سهم - فله في حال سهم ثم وفي حال نصف سهم ، وإنما يستحق على حالة واحدة ، وليست إحداها
أولى من الأخرى ، فيعطى نصف ما يستحقه في حاليين ، وذلك ثلاثة أرباع سهم ، وللابن المعروف
سهم ثم ، فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم : للابن المعروف أربعة ، وللخنتي ثلاثة » .
(٢) في ب : « بينهم » .
(٣) في ا و ح : « تبديل » .
(٤) في ح كذا : « الأحوال » .

(٥) « وجه تفسير محمد وتخريجه لقول الشيء أن الخنتي في حال سهبا وهو أن يكون ذكراً
والابن المعروف سهم وله في حال ثلثا سهم وهو أن يكون أنثى ، وللابن المعروف سهم وثلث
سهم ، فيعطى نصف ما يستحقه في حاليين ، لأنه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة والأنوثة
لاستحالة أن يكون الشخص الواحد ذكراً وأنثى ، وليست لأحدى الحالتين أولى من الأخرى ،
فيعطى نصف ما يستحقه في الحاليين وهو خمسة أسداس سهم وانكسر الحساب بالأسداس فيصير
كل سهم ستة ، فيصير جميع المال اثني عشر سهماً : الخنتي منها خمسة وللابن المعروف سبعة . أو يقال
لذا جعلنا جميع المال اثني عشر سهماً فالخنتي يستحق في حال ستة من اثني عشر وهي أن يكون
ذكراً ، وفي حال أربعة من اثني عشر وهي أن يكون أنثى فالأربعة ثابتة يتيقن وسهبا يثبتان
في حال ولا يثبتان في حال وليست لأحدى الحالتين أولى من الأخرى فينصف وذلك سهم فذلك
ربعة أسهم الخنتي وأما الابن المعروف فالثلاثة من الاثني عشر ثابتة يتيقن وسهبا يثبتان في حال
ولا يثبتان في حال فينصف ذلك سهم فذلك سبعة أسهم للابن المعروف » الكاساني ، ٧ : ٣٢٩ .
(٦) « والله تعالى أعلم بالصواب » ليست في ا و ح . وانظر الكاساني ، ٧ : ٣٢٩ .
وراجع الفاضل ١ ص ٦١٥ .

كتاب الشهادات

يحتاج^(١) إلى ثلاثة فصول :
إلى بيان^(٢) تحمل الشهادة ،
وإلى بيان^(٣) حضور الشهود عند النكاح ،
وإلى بيان^(٤) جواز أداء^(٥) الشهادة عند القاضي .

أما الأول - فنقول :

تحمّل الشهادة^(٦) إنما يجوز عن^(٧) المأينة ، أو عن سماع الإقرار
وإنشاء القول ، من النكاح ، و^(٨) الطلاق ، والبيع ، ونحوها^(٩) ،
من الخصم .

فأما التسامع من الناس فلا عبرة به^(١٠) ، إلا في مواضع مخصوصة :

-
- (١) في ب : « قال الشيخ الإمام رحمه الله تعالى : يحتاج » . وفي ا و هـ : « قال رحمه الله : يحتاج » .
 - (٢) و (٣) و (٤) في ب : « في بيان ... و بيان ... و بيان » .
 - (٥) « أداء » ليست في ا و ب و هـ .
 - (٦) « تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها » الكاساني (٦ : ٢٦٦ : ٩) .
 - (٧) في ا و ب و هـ : « عند » .
 - (٨) في ا و هـ : « في النكاح وفي » .
 - (٩) في ا و هـ : « ونحوها » .
 - (١٠) في ب : « ولا » . وفي هـ : « لا غير به » .

في النكاح ، والنسب ، والموت ، وفي الولاء اختلاف : عند أبي حنيفة
ومحمد : لا يقبل ، وعند أبي يوسف : يقبل .

وإنما يصح الحمل ^(١) ممن له عقل وتميز ^(٢) ، ليفهم كلام الخصمين ،
أو يعلم ما يفعله ^(٣) ، سواء كان حراً أو عبداً ، أو فاسقاً أو كافراً ^(٤) ، أو
صغيراً عاقلاً أو بالغا ^(٥) ، حتى إذا زالت ^(٦) هذه المعاني وحدثت ^(٧)
ضدها تقبل شهادته .

وكذا المبد إذا تحمل الشهادة لمولاه ، أو المرأة لزوجها - تقبل
بعد العتق ، واليئونة . لكن لو شهد لمولاه وردت ^(٨) شهادته ، أو
شهدت المرأة لزوجها وردت ^(٩) ، ثم شهدا ^(١٠) بعد العتق واليئونة ، في
تلك الحادثة : لا تقبل - بخلاف الكافر إذا شهد على مسلم في حادثة ،

(١) في ب كذا : « الفعل » . راجع المأمض ٦ من الصفحة السابقة .

(٢) في ح : « وتميز » .

(٣) في ا و ح : « ما يفهم » .

(٤) « أو كافراً » وردت في ب بعد : « أو صغيراً عاقلاً » .

(٥) « أو بالغاً » من ا و ح .

(٦) كذا في ت . وفي ا و ح والأصل : « زال » .

(٧) كذا في ا و ح . وفي الأصل و ب : « وحدث » . وفي الكشاف (٦ : ٢٦٦ :

١٤) : « ... وأما البلوغ والحرية والإسلام والبدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط
الاداء حتى لو كان وقت التحمل صغيراً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعق
البد وأسلم الكفار وطلب القاسق فشهدوا عند القاضي - تقبل شهادتهم » .

(٨) في ب : « و » .

(٩) كذا في ا و ح . وفي ب : « فردت » . وفي الأصل : « ورد » .

(١٠) في ب : « فردت » .

(١١) في ا و ب و ح : « شهد » .

فردت ^(١) شهادته ، ثم أعاد تلك الشهادة بعد الإِسْلَام : تقبل ^(٢) .
والفرق المذكور في الخلافات ^(٣) .

وأما مضمون الشهود عند عذر ^(٤) النطع .
فقد بينا ذلك في كتاب النكاح ، فلا ^(٥) نعيده ^(٦) .

وأما جواز الشهادة عند انقاضي - فنقول :

شهادة رجلين عدلين مقبولة في جميع الأحكام ، في أسباب
المقبوبات ، وغيرها ، إلا في الزنا : فإنه لا تقبل إلا شهادة أربعة >
رجال عدول .

وشهادة رجل ^(٧) وامرأتين مقبولة ، في جميع الأحكام ، عندنا ^(٨) ،
إلا في الحدود والقصاص . وعند الشافعي : لا تقبل إلا في ^(٩) الأموال
وتوابعها .

وكذا حكم الشهادة على الشهادة : مثل حكم شهادة رجلين أو ^(١٠) رجل
وامرأتين .

(١) في أ و ح : « وردت » .

(٢) « تقبل » ليست في أ و ح .

(٣) في ب : « في المختلف » .

(٤) « عذر » ليست في أ و ح .

(٥) في ح : « ولا » .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « نعيد » . راجع في الجزء الثاني ص ١٩٥ .

(٧) في ب : « رجلين » .

(٨) « عندنا » ليست في أ و ح .

(٩) « إلا في » ليست في أ .

(١٠) « رجلين أو » من أ .

وتجوز شهادة الأقارب ، مثل شهادة الأجنبي^(١) ، إلا شهادة
الوالدين والمولودين ، وشهادة أحد الزوجين لصاحبه . وعند الشافعي :
تقبل شهادة الأزواج^(٢) .

ولا تجوز^(٣) شهادة المحدث في القذف إذا تاب ، عندنا - خلافاً
للشافعي^(٤) .

ولا تجوز شهادة الأعمى ، وإن كان بصيراً عند الحمل^(٥) ، عند أبي حنيفة .
وقال أبو يوسف : تقبل إذا كان بصيراً عند^(٦) الحمل .

ولا تجوز شهادة العبد ، والأخرس ، والصبي العاقل ، والمعتوه^(٧) ،
ولا شهادة الأجير له في تجارته التي استأجره^(٨) فيها ، ولا شهادة أحد
الشريكين في مال^(٩) الشركة والتصرف فيها ، وتقبل فيما سوى ذلك^(١٠) .

(١) في أ و ح : « مثل شهادة العم والأخ » .

(٢) في ب : « تقبل للأزواج » أ . وانظر فيما بعد ص ٦٣٩

(٣) في أ و ب و ح : « ولا تقبل » .

(٤) زاد هنا ب كذا : « وتجوز شهادة المدز ، خلافاً له » .

(٥) قدمنا في المأمض ٦ ص ٦٢٢ أن « تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها »

الكاساني ، ٦ : ٢٦٦ ، ٩ .

(٦) في ب : « وقت » . راجع المأمض السابق .

(٧) في أ : « والمتى » والظاهر أنه تحريف من التاسع فإن المتى تقبل شهادته (الكاساني ، ٦

٢٦٦ : ٢٠ - ٢١) والخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في هل تقبل شهادة متى البض أم لا ؟

فنده لا تقبل وعندهما تقبل (الكاساني ، ٦ : ٢٦٨ : ٤) .

(٨) في ب : « استأجر » .

(٩) « مال » ليست في ب

(١٠) في أ و ح : « في سواه » .

وأما شهادة الفاسق - <ف> إن نحوى^(١) القاضى الصدق في شهادته: تقبل، وإلا فلا. وعند الشافعى: لا تقبل أصلا. ولا تقبل في المقوبات^(٢). ولو طعن المشهود عليه في الشاهد^(٣): أنه رقيق أو فاسق - لم تمض^(٤) الشهادة، ما لم يقم اليقينة على الحرية إن^(٥) كان محبولا بالنسب. وكذا ما لم يسئل^(٦) عن عدالتهم، في السر والعلاية. ولا يجوز القضاء بظاهر العدالة^(٧)، بالاتفاق^(٨). وقبل^(٩) الطعن: يجوز عند أبى حنيفة، خلافا لهما.

ولو^(١٠) اختلف الشاهدان في الوقت، والمكان، والعبارة، مع استواء المبارتين في المعنى: <ف> إن^(١١) كان ذلك في الأوقار: تقبل شهادتهما، ولا يوجب اختلاف الشهادة. وإن كان في الفعل، من^(١٢) النصب، والقتل^(١٣)، والقطع، وإنشاء البيع، والطلاق، ونحوها^(١٤):

(١) في - و اكذا: «تجر».

(٢) راجع فيما تقدم ص ٢١٧ و ٢٢٨.

(٣) كذا في ا و ب و - وفي الأصل: «في الشهادة». وراجع الصفحة السابقة.

(٤) في ا و ب: «لم يضمن».

(٥) في ا و ب و - «إذا».

(٦) في ا و ب و - كذا: «عالم يسئل».

(٧) القضاء بظاهر العدالة: ليست في ب.

(٨) بالاتفاق: ليست في ا.

(٩) في - «وقيل».

(١٠) في - «وإن». وفي ا: «وإذا».

(١١) في - «إذا».

(١٢) كذا في ا. وفي الأصل: «في».

(١٣) ولا يوجب اختلاف الشهادة. والقتل: ليست في -.

(١٤) ونحوها: ليست في ا و -.

فإنه يوجب^(١) اختلاف الشهادة، فلم يوجد على كل واحد شاهدان^(٢) : لا يقبل .
 وإذا^(٣) اختلف الشاهدان في جنس المشهود به : لا يقبل^(٤) .
 ولو اختلفا في المقدار ، وأحدهما يدخل في الآخر^(٥) : والمدعى
 يدعى إلا أكثر ، كما إذا شهد أحدهما على ألف والآخر على ألفين : لا
 تقبل عند أبي حنيفة ، وعندهما : تقبل على الأقل^(٦) .
 وكذا إذا شهد أحدهما على طلبة ، والآخر على طلقتين أو ثلاث - لا
 يقبل عند أبي حنيفة^(٧) ، وعندهما : يقبل على^(٨) الأقل^(٩) .
 وأجمعوا أنه إذا شهد أحدهما على ألف ، والآخر على ألف وخمسمائة^(١٠) ،
 والمدعى يدعى^(١١) إلا أكثر : يقبل على ألف ، وقد ذكرنا في الطلاق^(١٢) .
 وأكثر مسائل الشهادة ذكرنا^(١٣) في الكتب السابقة^(١٤) ، فلانبيدها^(١٥) .

(١) « اختلاف الشهادة ... ونحوها » فإنه يوجب « ليست في ب » .

(٢) « على كل واحد شاهدان » ليست في ح .

(٣) في أ وب ح : « ولو » .

(٤) في أ و ح : « لا تقبل » .

(٥) كذا في أ وب و ح . وفي الأصل : « في الأخرى » .

(٦) في أ : « على الأقل » .

(٧) كذا في أ و ح . وفي الأصل : « عنده » .

(٨) « على » من أ و ح .

(٩) « وكذا إذا شهد أحدهما ... الأقل » ليست في ب .

(١٠) في ب كذا : « ألف ولا جناية » .

(١١) في ب : « ادعى » .

(١٢) « وقد ذكرنا في الطلاق » من أ وب و ح . وراجع في الجزء الثاني ص ٢١٣ وما

بيدها . والكاساني ٦ : ٢٧٨ - ٢٧٩

(١٣) في ب : « ذكرناها » . وفي ح : « قد ذكر » . (١٤) في أ و ح : « السابقة » .

(١٥) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » . وانظر الكاساني ٦ : ٢٧٨ وما بعدها

كتاب

(١) الرجوع عن الشهادات

الرجوع (٢) عن الشهادة لا يصح (٣) بمدة قضاء القاضى، و (٤) يصح قبله (٥)، لأنه إخبار يخلل التلط . وإنما يصير (٦) حجة ، ضرورة صحة القضاء ، فلم يتصل به قضاء القاضى (٧) ، يصح الرجوع . ولا يلزم الشهود بذلك شئ (٨) ، لأنه لم يثبت به الحكم .

وبعد الحكم لا يصح الرجوع (٩) في (١٠) حق الخصم ، ولكن يصير متلفاً حق المشهود عليه ، فيلزمه (١١) ضمان ، إلا إذا حصل (١٢) العوض ،

(١) في ب : « الشهادة » .

(٢) في ا و ح : « قال رحمه الله : الرجوع » .

(٣) « لا يصح » ساقطة في د و ا .

(٤) « و » ليست في ا و في ب : « ولكن » .

(٥) في ا و ح : « قوله » .

(٦) في ا و ح : « يصح » .

(٧) في ب : « قضاء » .

(٨) « شئ » ليست في ا .

(٩) في ا و ح و ب : « وبعد الرجوع لا يصح في حق » . وانظر المامنى التالي .

(١٠) « في » ليست في ا و ح .

(١١) في ا و ح : « يلزم » .

(١٢) في ا و ح : « أدى » .

المشهدود عليه : < ف > بذلك لا يضمن^(١) ، لأنه يحسبون^(٢) إتلافا بموضع ، فلا يكون إتلافا منى . والمبرة^(٣) فى الرجوع بقاء من بقى^(٤) من الشهود ، لا رجوع من رجوع ، ويبقى الحق بقدر بقاء الشهود ، وتلف بقدر ما رجع .

إذا ثبت هذا الأصل ، تخرج عليه^(٥) المسائل .

— إذا شهد شاهدان على رجل بمال^(٦) . وقضى القاضى بذلك ، وسلم المال إلى المدعى ، ثم رجع أحدهما : غرم نصف المال ، لأنه بقى النصف بقاء شاهد واحد . ولو رجعا جميعا : غرما^(٧) المال ، بينهما نصفين . — ولو كانوا أربعة ، فرجع اثنان أو واحد منهم^(٨) : فلا^(٩) تنى عليه ، لبقاء المال بقاء الشاهدين . ولو رجع ثلاثة : يلزمهم نصف المال لبقاء النصف ، بقاء شاهد واحد .

(١) فى ا و ح : « لى المشهدود عليه فلا يضمن » .

(٢) فى ا و ب : « لا يحسبون » .

(٣) فى ا و ب و ح : « ولكن المبرة » .

(٤) فى ح و ب : « تنى » . وفى الكشاف (٦ : ٢٨٧ : ١٧) : « وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالأصل أن مقدار الواجب منه على قدر الإلتاف لأن سبب الوجوب هو الإلتاف ، والحكم يتقدر بقدر الملة ، والمبرة فيه لبقائه من بقى من الشهود بعد رجوع من رجع منهم ، فإن تنى منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الإلتاف أصلا من أحد ، وإن بقى منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الرجعين ضمان قدر ثلثائهما بالخصم » .

(٥) « عليه » من ب . وانظر الهامش التالى

(٦) كذا فى ب : وفى الأصل : « على مال على رجل » وبعبارة الأصل : « رجل » ليستفى ا و ح .

(٧) فى ح : « غرم » .

(٨) « منهم » ليست فى ح .

(٩) كذا فى ا و ب و ح . وفى الأصل : « لا » .

فـ ولو شهد رجل وامرأتان^(١)، على مال^(٢)، فرجعت امرأة^(٣) :
غرمت ربع المال . ولو رجعتا غرمتا^(٤) نصف المال ، لبقاء النصف يبقاه
رجل^(٥) ، لأن المرأتين بمنزلة رجل واحد^(٦) .

— ولو شهد رجل واحد^(٧) وعشر نسوة ، على رجل ، بمال ، ثم رجعوا
جميعا بعد الحكم : فقال أبو حنيفة^(٨) : على الرجل سدس المال ، وعلى
النساء خمسة أسداسه^(٩) ، لأن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد . وعند
أبي يوسف ومحمد : على الرجل النصف ، وعلى النساء النصف ، لأن
النساء^(١٠) ، وإن كثرن ، لمن^(١١) شطر^(١٢) الشهادة .

— ولو شهدا على رجل : أنه باع^(١٣) عبده من فلان بألف^(١٤) .

(١) في ٥ : « وامرأتين » .

(٢) « على مال » ليست في أ و ح .

(٣) في ب : « المرأة » .

(٤) في ب : « غرما » .

(٥) في أ و ح : « الرجل » .

(٦) « واحد » من أ و ح .

(٧) « واحد » من أ و ح .

(٨) في أ و ب و ح : « ضلي قول أبي حنيفة » .

(٩) في أ و ح : « أسداس » .

(١٠) « النساء » ليست في ح . وفي أ : « لاثنتين » .

(١١) « كذا في ب . وفي الأصل : « نهى » . وليست في أ و ح .

(١٢) في أ كذا : « تنتظر » . والصحيح ما في المتن .

(١٣) في أ : « أعتق » . وفي ح : « باع من » .

(١٤) « بألف » ليست في ح .

وقبض الثمن ، ثم رجعا ^(١) : لم يضمن ، لأن ^(٢) هذا إتلاف بموض ^(٣) .

— وكذا لو شهدا على رجل : أنه تزوج امرأة بألف درهم ، وهو مهر مثلها ، وقضى القاضي بالنكاح ، ثم رجعا : لم يضمن ، لأنهما أثبتا له ^(٤) البضع بمقابلة المال .

— ولو شهدا ^(٥) على رجل أنه ^(٦) طلق امرأته ثلاثا ، وقد دخل بها ، وقضى ^(٧) القاضي ، ثم رجعا : لم يضمن ، إلا ما زاد على مهر المثل ، لأنه ^(٨) ، بقدر مهر المثل ^(٩) . إتلاف بموض ، وهو ^(١٠) استيفاء منافع البضع . ولو كان قبل ^(١١) الدخول : < ف > إن كان المهر مسمى ^(١٢) ، ضمنا النصف ، وإن لم يكن المهر مسمى يضمنان ^(١٣) المتعة ^(١٤) . لأن ذلك

(١) « ثم رجعا » ليست في « و » .

(٢) في « كذا » : « لم يضمن إتماما للمدعي لأن ... » . وفي « : » : « لم يضمن إتماما كان للمدعي أن » .

(٣) « موض » ليست في « و » . راجع فيما تقدم ص ٦٢٩ .

(٤) « له » من « أو ب » .

(٥) في ب : « أشهدا » .

(٦) « أنه » ليست في « و » .

(٧) في ب : « ثم قضى » .

(٨) « المهر » من « و » . وفي الأصل « ب » : « لأن » . وفي « و » : « مثلها لأنه » .

(٩) في ب : « المهر » فقط .

(١٠) في ب : « وهذا » .

(١١) في ب : « وكان كان قبل » . وفي « : » : « ولو شهدا قبل ... » . وفي « و » : « ولو قبل ... » .

(١٢) في ب : « المهر المسمى » . وفي « : » : « المهر مسمى » .

(١٣) في « : » : « ضمنا » . وفي « و » : « يضمن » .

(١٤) في « و » : « المتعة » . وراجع في الجزء الثاني ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

تلف بشهادتهما ، ولم يحصل له ^(١) بمقابلته عوض .

— وكذلك لو ^(٢) شهدا ^(٣) على رجل ، بإجارة داره ^(٤) سنة ، ثم رجعا
بعد استيفاء السكنى : فإنهما يقرمان ^(٥) للمستأجر ما زاد على أجر ^(٦)
المثل ، لأنه ^(٧) ، بقدر أجر المثل ، حصل الموض ، والباقي بغير عوض ،
فيكون إتلافاً .

— كذا لو شهدا ^(٨) على رجل : أنه أعتق عبده بألف درهم ^(٩) وسلم
إليه أولاً ، ثم رجعا : لم يضمننا ، لأن هذا إتلاف بموض .
— ولو شهدا ^(١٠) أنه أعتق ^(١١) بغير مال ، ثم رجعا : يضمنان ^(١٢) ،
للاإتلاف ^(١٣) بغير عوض .

— ولو شهدا على أنه ^(١٤) قال لعبده : « إن دخلت هذه الدار فأنت

(١) « له » ليست في أو .

(٢) في ب : « إذا » .

(٣) في ح : « شهد » .

(٤) كذا في أو ب و ح . وفي الأصل : « دار » .

(٥) في ب : « يقرمان » .

(٦) في أ : « أجرة » . وفي ح : « الأجرة المثل » .

(٧) الهاء من أو ح هيها : « لأنه » . وفي الأصل و ب : « لأن » .

(٨) في ح : « شهد » .

(٩) درهم « من ب » .

(١٠) زاد في أو ح : « على رجل » . وفي ب : « عليه » .

(١١) زاد في أ : « عبده » . وفي ح : « عبده » .

(١٢) في ب : « يضمنان » .

(١٣) في ب و ح : « الإيتلاف » .

(١٤) في ب : « وكذا لو شهدا على رجل أنه » .

حر . وقد دخل ، وقضى القاضى بالعتق ، ثم رجما : ضمنا ، لأن هذه شهادة على الإعتاق ، وهو إتلاف بغير عوض ، فيضمنان ^(١) .
 - ولو شهدا ^(٢) أنه حلف بعتق عبده بدخول الدار ، وشهد آخران على الدخول ، وقضى القاضى بالعتق ، ثم رجما : فإن الضمان يجب على ^(٣) شهود اليمين ، لا على شهود الدخول ^(٤) ، لأن الدخول شرط ^(٥) ، وكلام اليمين صار إعتاقا ، والتلف يضاف إلى العلة ، دون الشرط ، ويكون ^(٦) ،
 المتلف هو شاهد اليمين .

- ولو شهدا على رجل بسرقة عشرة دراهم ، وقضى القاضى ، عند خصومة المالك ، وقطعت ^(٧) يده ، ثم رجما : يفرمان دية اليد .
 - وكذلك لو شهدا على رجل يقتل ^(٨) الخطأ ، أو بجرحة خطأ ، ثم رجما .
 - ولو شهدا على القتل ^(٩) العمد ، وقضى القاضى ، واقتصر ، ثم رجما : لا يجب القصاص على الشهود عندنا . وعند الشافعى : يجب ، ولكن عندنا

(١) « فيضمنان » من اوب و .

(٢) في اوب و : « ولو شهد شاهدان » .

(٣) في ا : « فالضمان على » .

(٤) « لا على شهود الدخول » من اوب و .

(٥) « لأن الدخول شرط » ليست في ح . وفي ب : « بشرط » . وفي ا : « لأن الدخول

في كلام . . . » .

(٦) في اوب و : « فيكون » .

(٧) في ب : « وقطع » .

(٨) في ا و : « على قتل . . . » .

(٩) في ح : « ولو شهد على قتل . . . » وفي ا : « ولو شهدا على قتل . . . » .

يجب المال ، لأنه لا (١) يمكن إيجاب القصاص بالتسيب (٢) ، ويمكن إيجاب المال ، كما في جفر البئر

— ولو شهد أربعة ، على رجل ، بالزنا ، وشهد آخران على الآخر حصان (٣) ، ثم رجموا بعد إقامة الرجم : لا يجب على شهود الآخر حصان شيء (٤) ، وتجب الدية على شهود الزنا ، لأن الزنا (٥) علة ، والآخر حصان شرط .

ولو رجع أحد الشهود ، بالزنا ، بعد الرجم : فإنه يحسد حد القذف ، لأن شهادته صارت (٦) قذفا ، بإقراره ، ويفرم (٧) ربع الدية ، لبقاء ثلاثة أرباع (٨) بثلاثة (٩) شهود . وإن (١٠) رجع آخر < ف > كذلك .

ولو أنه إذا رجع واحد منهم ، بعد القضاء ، قبل إقامة الحد عليهم : يحدون جميعا ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال (١١) محمد : يحسد الراجع ، وحده ، استحصانا . وأجمعوا أنه إذا (١٢) رجع واحد قبل القضاء بالرجم : فإنهم يحدون جميعا . وهي من مسائل الخلافات (١٣) و (١٤) .

(١) « لا » ليست في « او » .

(٢) في ب : « بالسب » .

(٣) في « او » : « بالاحصان » .

(٤) « شيء » ليست في « » .

(٥) « لأن الزنا » ليست في ب .

(٦) كذا في « او ب » و « وفي الأصل : « صار » .

(٧) في « او » : « وغرم » .

(٨) في ب : « أرباع » .

(٩) في « او » : « يبقاء ثلاثة » .

(١٠) في « او » : « فلان » .

(١١) « يوسف وقال » ساقطة في ب . (١٢) في « او » : « لو » .

(١٣) في ب : « وهي تعرف في المختلف » . (١٤) زاد في ب : « والله تعالى أعلم بالصواب » .

كتاب أدب القاضي

القضاء^(١) فريضة محكمة^(٢)، يجب على من وجد في حقه شرائط القضاء، من الولاية على المقتضى عليه، بتسليم^(٣) المقتضى به^(٤)، إلى المقتضى له، وهو السلطان، أو من يقوم مقامه - لأن هذا من باب إنصاف المظلوم من الظالم، وهذا^(٥) مفوض إلى الخلفاء والسلاطين، غير أنهم إذا عجزوا بأنفسهم، إما لعدم العلم أو لاشتغالهم بأمر آخر، يجب عليهم أن يقلدوه^(٦) من كان يصلح له^(٧)، ممن هو من^(٨) أئمة الناس، بمحضرتهم^(٩)، وأورعهم.

فإن وجدوا^(١٠) اثنين: أحدهما أئمة، والآخر أورع، فالأورع

(١) في أ و ح: «قال رحمه الله: القضاء».

(٢) «لأنه لا يمتثل الذبح لكونه من الأحكام التي عرف وجوبها بالقل والحكم العقلي لا يمتثل الانتساخ» الكاساني ٧٠ : ٢ : ٢ من أسفل.

(٣) في أ و ح: «لتسليم».

(٤) «به» ليست في أ.

(٥) في ح: «وهو».

(٦) في ب: «يقلدوا».

(٧) «له» ليست في أ. وفي ح: «لهم».

(٨) «من» ليست في أ و ح. نقيضاً: «من هو أئمة».

(٩) كذا في أ و ب و ح: «بمحضرتهم». وفي الأصل: «لحضرتهم». وانظر الصفحة التالية.

(١٠) في ب: «وجدوا».

أولى ، لأنه يمكنه أن يقضى بعلم غيره ، ولا بد من الودع ، حتى لا يتجاوز حد^(١) الشرع ، ولا يصور الباطل بصورة الحق ، طمعا في الرشوة . ويجب على من استجمع فيه شرائط القضاء^(٢) ، أن يقبله إذا قلده ، حتى^(٣) لو امتنع يأثم ، إلا^(٤) إذا^(٥) كان في العلماء ، بحضرتهم ، ممن يصلح له كثرة ، فلا بأس بأن يعتذر بعذر ، فيدفع عن نفسه إلى غيره ، لأنه ليس بمتعين لذلك ، والذي تمين لا يحل له الامتناع إذا قلده ، ولكن لا ينبغي أن يطلب لأنه ربما لا يقبل ، فيذهب ماؤه وحرمة علمه .

تم القضاء له وإمبات وآداب :

فأما الراميات

< ف > منها - أنه^(١) يجب على القاضى أن يقضى ، في كل حادثة ، بما ثبت^(٢) عنده أنه^(٣) حكم الله تعالى^(٤) ، إما بدليل قطعى نحو نص الكتاب مفسرا لاشبهة في معناه ، أو^(٥) السنة المتواترة أو المشهورة^(٦) ،

(١) في أو : « عن حد » .

(٢) في ب : « شرائطه » .

(٣) في كذا : « حق » وهو خطأ .

(٤) « إلا » ساقطة في أو .

(٥) « إذا » ساقطة في ب .

(٦) « أنه » ليست في ا - وفي : « أن » .

(٧) في ب : « ثبت » .

(٨) كذا في أو ب و ح - وفي الاصل : « له » .

(٩) « تعالى » من أو ب و ح .

(١٠) في أو ح : « و » .

(١١) في ح : « مشهورة » .

أو الإجماع^(١) - وإما^(٢) بدليل ظاهر موجب للعمل، كظاهر النص، من الكتاب، والسنة، والقياس، وذلك في^(٣) موضع لإجماع^(٤) فيه^(٥) بين الفقهاء. وإن^(٦) كان مختلفا فيه، أو لم تكن واقعة، > أو كانت واقعة <، و^(٧) لا رواية في جوابها عن السلف^(٨)، يجب^(٩) عليه أن يعمل برأى نفسه إن كان من أهل الاجتهاد، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد^(١٠)، يختار قول من هو^(١١) أقفهم وأورعهم.

ولو كان القاضي من أهل الاجتهاد^(١٢)، لكن لم ينظر في دليل المسألة، واعتمد على اجتهاد من هو أقفه منه^(١٣) - هل يجوز له القضاء به^(١٤)؟ على قول أبي حنيفة: جاز^(١٥)، وعلى قولها: لا يجوز، إلا وأن

(١) في ج: « بالإجماع » .

(٢) « بدليل قطعي... ولما » من ب. وفي في ا و ه مع خلاف قطعي أشرفه إليه بما تقدم من المأمور.

(٣) « في » ليست في ح .

(٤) كذا في ب: « لا إجماع » . وفي الأصل و ا و ح: « الإجماع » . وفي الكسائي

(٥: ٧: ٢٢) : « وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء ... » .

(٥) « فيه » ليست في ا .

(٦) في ب: « بأن » . وفي ا و ح: « فإن » .

(٧) « و » ليست في ح .

(٨) في الكسائي (٧ : ٤ : ٢٢ وما بعده) : « ... وذلك في المسائل الاجتهادية التي

اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله والتي لا رواية في جوابها عن السلف بأد لم تكن واقعة » .

(٩) في ب: « ولكن يجب » .

(١٠) « من أهل الاجتهاد » من ا و ج . وانظر المأمور التالي

(١١) « هو » من ا و ح . وانظر المأمور التالي

(١٢) « وإن لم يكن ... الاجتهاد » ليست في ب .

(١٣) « منه » ليست في ب .

(١٤) في ا و ج: « هل يجوز القضاء ؟ » فقط .

(١٥) في ب: « جائز » .

يعمل باجتهاد نفسه - ذكر الاختلاف في كتاب الحدود^(١) .

وبما يجب عليه^(٢) أيضاً^(٣) - أن يقضى بما ثبت عنده بالينة أو الإقرار، أو يكون المدعى < به >^(٤) مما^(٥) يدخل فيه النكول ، لأن الشرع جعل هذه الجملة حجة في حقه ، ولكن لا بد من أن يثبت عدالة الشهود عنده ، بالسؤال عنهم ، ممن له^(٦) علم بأحوالهم في السر والعلانية ، فمدلوه وقالوا : هو جائر الشهادة .

وأما القضاء بطلن نفسه ، بالمعانية أو بسماع الإقرار^(٧) أو بمشاهدة^(٨) الأحوال^(٩) : < ف > إن قضى بطلن حادث له في زمان القضاء ، و^(١٠) في مكانه ، في الأملاك المرسلة^(١١) ، والحقوق ، من الطلاق والعناق ونحوها^(١٢) ، وفي القصاص وفي حد القذف - جاز^(١٣) . وإن كان في

(١) « إلا وأن ... الحدود » ليست في أ و ح .

(٢) « عليه » من أ و ب و ح .

(٣) « أيضاً » ليست في أ و ح .

(٤) في الأصل « أ و ب و ح » : « عليه » . وفي الكشاف (٥ : ٦ : ٧) من أحفل : « وكذا القضاء بالنكول عندنا يقضى فيه بالنكول » .

(٥) في أ و ب و ح : « فيها » .

(٦) في أ و ح : « لهم » .

(٧) « الإقرار » من أ و ب و ح . وفي أ و ح : « سماع الإقرار » .

(٨) كذلك ، وفي الأصل « أ و ح » : « مشاهدة » .

(٩) في أ و ب و ح : « الأحوال في التصرفات » .

(١٠) « و » ليست في أ و ح .

(١١) في أ و ب و ح : « في الأموال » بدلا من : « في الأملاك المرسلة » .

(١٢) في أ و ح : « ونحوها » .

(١٣) في أ و ح : « جائر » . وراجع الكشاف ، ٦ : ٧ - ٧ .

سائر الحدود : لا يجوز - وهذا عندنا ^(١) .

وعن الشافعي قولان : في قول : لا يجوز في الكل ، وفي قول : يجوز في الكل .

وأما إذا قضى بـعلم كان قبل أن يقلد القضاء ، أو بعلم بعد التقليد لكن قبل أن يصل ^(٣) إلى البلد الذي ولى ^(٤) قضاءه : < فقد > أجمع أصحابنا أنه لا يجوز في ^(٥) الحدود غير حد القذف . فأما في سائر الأحكام وفي حد القذف ^(٦) والقصاص : < فقد > اختلفوا ^(٧) : قال أبو حنيفة : لا يجوز ^(٨) . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز - وفروع هذا الفصل ودلائله تعرف في المبسوط إن شاء الله تعالى ^(٩) .

ولا يجوز للقاضي ^(١٠) أن يقضى لنفسه ، ولا لأبيه وإن علوا ^(١١) ، ولا لزوجته ، ولا لأولاده وإن سفلوا ^(١٢) ، ولا لكل من لا تجوز شهادته لهم ^(١٣) .

(١) في ا و ح : « وهذا عند أصحابنا » . وفي ب : « وهذا عند أصحابنا جيباً » .

(٢) ب : « وعند » .

(٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل « يقلد » .

(٤) في ا و ح : « للبلدة التي تول » .

(٥) في ح : « وفي » .

(٦) في ا : « وفي حد السرقة » . راجع الكاساني ، ٧ : ٦ - ٧ .

(٧) زاد في ا و ح هنا : « فيه » .

(٨) « لا يجوز » ليست في ا .

(٩) راجع الكاساني ، ٤ : ٦٧ : ٤ من أسفل - ٧ .

(١٠) « لقاضي » ليست في ا و ح . (١١) « وإن علوا » ليست في ا .

(١٢) « وإن سفلوا » ليست في ا . (١٣) راجع فيما تقدم ص ٦٢٥ .

وهل يقضى ^(١) بكتاب قاض ورد إليه من قضاء البلدان ^(٢) ؟ ليس ^(٣)
له أن يقضى في الحدود والقصاص ، وأما في الديون ^(٤) والمروض ^(٥)
والمقار - < فقد > ج ^(٦) القضاء به .

ولا يجوز في الحدود والقصاص القضاء بالشهادة على الشهادة . وفي
الغلام والجارية : عند أبي حنيفة ومحمد : لا يكتب إلى القضاة ^(٧) ،
ولا يقبل . وعن أبي يوسف : يقبل ، وهو قول ابن ^(٨) أبي ليلى - وعمل
القضاة على هذا ، لا أجل ^(٩) الضرورة ^(١٠) العامة .

ثم فيما ^(١١) يقبل فيها ^(١٢) الكتاب ^(١٣) - إذا ورد ^(١٤) الكتاب إلى
القاضي المكتوب إليه ^(١٥) . ينبغي أن لا ^(١٦) يفتك الكتاب ، ولا يقرأه ^(١٧)

-
- (١) في ب كذا : « يقضى » .
 - (٢) في ا و ب و ح : « البلاد » .
 - (٣) في هـ : « وليس » .
 - (٤) في ب : « في الدين » .
 - (٥) في ا : « والقروض » .
 - (٦) في ب : « جائز » .
 - (٧) في ب كذا : « القضاء » .
 - (٨) « ابن » ليست في ب .
 - (٩) في ب كذا : « الأجل » . وفي هـ : « الأجر » .
 - (١٠) في ا و ج : « ضرورة » .
 - (١١) في ب : « ثم ما » .
 - (١٢) في ا و ب و ح : « فيه » .
 - (١٣) في ا و ح : « كتاب القاضي » .
 - (١٤) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « أورد » .
 - (١٥) « إليه » ليست في ا .
 - (١٦) « لا » ليست في هـ .
 - (١٧) في ا و ح : « ولا يقرأ » .

الإبحضرة الحميم، كي لا يتهم في ذلك.

وأما آداب القضاء^(١)

فللقاضى^(٢) أن يجلس مع نفسه قوما من^(٣) الفقهاء، ليشاور^(٤) معهم إذا^(٥) احتاج إليه. فإن^(٦) اتفقوا عليه، والحادثة معروفة في السلف، يقضى به. وإن اختلفوا فعلى ما ذكرنا.

فإن بدا له أن يرجع فيما اعتمد على قول بمضمون^(٧)، ورأى^(٨) الصواب في قول الآخر^(٩) - <ف> له ذلك، لأن له أن يقضى في المجتهد فيه، بما لاح له^(١٠) من دليل الاجتهاد إن^(١١) كان مجتهدا.

فأما بعد الحكم - <ف> ليس له أن يبطل ذلك القضاء، لأنه صار^(١٢) بالقضاء، كالتفق^(١٣) عليه، ولكن يعمل في المستقبل بخلافه إذا رأى ذلك صوابا.

(١) في: حوب: «القاضى». وفي ا: «القضا».

(٢) في ا: «فإن للقاضى».

(٣) «قوما من» ليست في ح و ا.

(٤) في ب: «يشاور». وفي ا و ح: «يشاور».

(٥) في ب: «لو».

(٦) كذا في ا و ب و ح. وفي الاصل: «ولن».

(٧) في ب: «قولهم».

(٨) في ا: «يرأى». وفي ح كذا: «يرا».

(٩) في ح: «آخر».

(١٠) «له» ليست في ا و ح.

(١١) كذا في ا و ب و ح. وفي الاصل: «وإن».

(١٢) «صار» من ا و ب و ح.

(١٣) في ح: «التفق».

وينبغي أن يعدل بين الخصمين في مجلسهما منه : لا يقرب أحدهما دون الآخر ، وإن كان له شرف العلم^(١) والنسب . وإن كان يريد تعظيم ذلك في المجلس ، ينبغي أن يجلس خصمه معه ، أينما أجلس الأول . وكذلك يعدل بينهما في النظر والمتنطق . ولا يشير إلى أحد^(٢) الخصمين دون الآخر .

وكذلك لا يخلو^(٣) بأحدهما ، دفعا للهمة .

ولا يرفع صوته على أحدهما ما لم يرفع على الآخر ، عند الشغب والمنازعة . فأما إذا وجد من أحدهما ، فإنه يرفع صوته عليه تأديبا له^(٤) . ولا ينبغي أن يلقن أحد الخصمين حجة^(٥) . ولا بأس بأن يلقن الشاهد ، إذا كان يستحي ويهاب^(٦) مجلس القاضي^(٧) ، بشيء هو حق^(٨) . وإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر^(٩) ، حتى يسمع كلامه ، ويفهم ثم يستنطق الآخر ، حتى يكون أقرب إلى الفهم .

(١) في ب : « أو » .

(٢) في ا و ح : « ولا يزار أحد الخصمين » . وفي ب كذلك وقد تكون : « ولا يزال أحد الخصمين » .

(٣) كذا في ب . وفي الأصل وا و ح : « لا يخلوا » .

(٤) « له » ليست في ا و ح .

(٥) في ا : « حجة » .

(٦) في ب : « وهاب » . وفي ح : « وتهاب في » .

(٧) في ا و ح : « القضا » .

(٨) « بشيء هو حق » ليست في ب . وفي ا : « بشيء هو الحق » .

(٩) في ب : « للآخر » .

ولا ينبغي أن يجلس للقضاء وبه ما^(١) يشغله عنه ، نحو الهم^(٢) ،
والغضب ، والنماس ، وغيرها^(٣) ، على ما قال عليه السلام : « لا يقضى
القاضي وهو غضبان » .

وينبغي أن يقدم الرجال على حدة ، والنساء على حدة ، الأول
فالأول . ولا يخلط النساء بالرجال ، لأنه سبب للفتنة^(٤) .

وينبغي أن يتخذ^(٥) كاتباً من أهل العفاف والصلاح ، وهو فقيه
عالم بصنعة^(٦) الكتابة ، ثم يقدمه حيث يرى ما يكتب وما يصنع . وفي
عادة السلف أن^(٧) القاضي هو الذي يكتب خصومة كلا الخصمين ، على
كاغذ^(٨) السؤال والجواب ، ثم يكتب شهادة الشهود^(٩) على حسب ما
شهدوا^(١٠) ، بعد كتابة جواب الخصم ، ثم يطوى الكتاب^(١١) ، ثم^(١٢)
يختتمه ، ثم^(١٣) يكتب على ظهره « خصومة فلان وفلان ، في شهر كذا ،

(١) في ا و ح : « للقضا ويشغله » .

(٢) في ح : الألف ساقطة في كلمة : « الهم » .

(٣) في ب : « وغيره » . وفي ا : « وغيرها » .

(٤) في ا و ح : « الفتنة » .

(٥) في ا و ح : « يأخذ » .

(٦) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل كذا : « بصنعة » .

(٧) في ا و ح : كذا : « لل » .

(٨) الكاغذ والكاغذ سواء وهو القرمطاس وهو مربع (التاء رس) - وفي ب :

« كاعده » . وفي ا و ح : « على ما كان عنده » .

(٩) في ح : « شهادة المشهود » .

(١٠) في ا و ح : « ما يشهدون » .

(١١) « الكتاب » من ا و ب و ح .

(١٢) في ب : « و » .

(١٣) في ا و ب و ح : « و » .

في^(١) سنة كذا - ويضمه في قطره^(٢) على حدة . وفي زماننا: المادة^(٣) أن الكاتب هو الذي يكتب كتاب الدعوى ، ويترك موضع التاريخ ، ولا يكتب جواب الخصم ، ويكتب أسماء الشهود بمد ذلك ، ويترك فيما بين الخطين فرجة ، فإذا رفع^(٤) الدعوى عند القاضي ، يكتب^(٥) التاريخ بنفسه ، ويكتب جواب الخصم على الوجه الذي تقرر^(٦) . وإذا شهد الشهود^(٧) في المجلس على ما يدعيه المدعي يكتب شهادة كل واحد تحت^(٨) اسمه على الوجه الذي تقرر^(٩) د^(١٠) ويختتم^(١١) الكتاب ، ثم يكتب بنفسه في ذلك اليوم أسماء الشهود ، أو يأمر الكاتب^(١٢) حتى يكتبه^(١٣) بين يديه ، ويختتم ، ويبعث بذلك على يد رجل من أهل الثقة ، في السر ، إلى أهل الثقة والصالح عنده ، حتى يمدلوا الشهود . فإذا اتفق^(١٤) اثنان

(١) في ح : « وفي » .

(٢) في ا و ب و ح : « في قطر » . والقيمطر ما يسان فيه الكتب كالقمطر (الفاموس)

(٣) في ب : « أن المادة » .

(٤) كذا في ب و ح . وفي ا : « دفع » . وفي الأصل : « وقع » .

(٥) في ا : « فليكتب » .

(٦) في ح : « الذي يشهد » . وفي ا كذا : « قد » ولعلها : « قدم » مع تحريف .

(٧) « الشهود » ليست في ا . وانظر فيما بعد الهامش ١٠

(٨) « تحت » ليست في ا . » » » »

(٩) في ا : « الذي يشهد » . » الهامش التالي

(١٠) « وإذا شهد الشهود ... تقرر » ساقطة في ح . وراجع فيما تقدم الهامش ٦

(١١) في ا و ب و ح : « ثم يختتم » .

(١٢) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « يكتب » .

(١٣) في ا و ح : « يكتب » .

(١٤) في ح كذا : « اتفق » .

أو أكثر على تزكية رجل ، قبل قوله ، وعمل به .
وإن اجتمع جماعة على أنه ثقة ^(١) ، وإثنان على جرحه ^(٢) -
يأخذ بالجرح .

والعدد شرط عندهما في ^(٣) المزكين . وأما عند أبي حنيفة : < فـ >
الواحد كاف ^(٤) .

وكذا الخلاف في الذي يبعث المستورة ^(٥) : يشترط ^(٦) فيه ^(٧)
العدد عندهما ، خلافاً له .

ثم يسأل عن التزكية ^(٨) علانية بعد ما يسأل ^(٩) في السر ، حتى لا يقع
فيه ريبة على القاضى ، فيتهم بذلك ^(١٠) .

ولا ينبغي للقاضى أن يقبل الهدية إلا من ذى رحم محرم منه ، أو

(١) في أوب و ح : « على ثقة رجل » .

(٢) جرح شاهداً أحقط عدالته (افاموس) .

(٣) في ب : « من » .

(٤) في الأصل وأوب و ح : « كافي » . وفي الكاساني (٧ : ١١ : ٤) : « وأما
العدد فليس بشرط الجواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لكنه شرط القضيّة والكمال . وعند محمد
شرط الجواز » وفي الكنز والزياني عليه (٤ : ٢١٢) : « (والواحد يكفي للتزكية) ...
وهذا عندهما . وقال محمد رحمه الله : يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد » .

(٥) قال الكاساني (٧ : ١٢ : ٧) في السطرن الأسفلين : « ... ثم يكتب القاضى
في ذلك الشهر أسماء اليهود نفسه على بطاقة أو يستكتب الكتاب بين يديه فيسبها للعدل سراً
وهي المسماة بالمستورة في عرف ديارنا » . وفي الزيلعي والشلبى عليه (٤ : ٢١١) أن المستورة
هي الرقعة وسميت بها لسترها عن نظر الموم . وفي ح سقطت منها الراء والفاء . وفي ا : « المستورة » .

(٦) في ح : « ويشترط » .

(٧) « فيه » من أوب و ح .

(٨) كذا في أوب و ح . وفي الأصل كذا : « التزكية » .

(٩) في أوب و ح : « بعدما سأل » . (١٠) زاد في ب : « كله » .

من^(١) صديق ، قديم الصبة ، قد كان بينهما التهادى قبل زمان القضاء .
فأما من^(٢) غير هذين : < ف > لا يقبل الهدية ، ويكون^(٣) ذلك في
معنى الرشوة .

وأما الدعوة - فإن كانت دعوة عامة ، مثل دعوة العرس^(٤) ،
والختان : فلا بأس بذلك . فأما الدعوة الخاصة : فإن كانت^(٥) من ذى
الرحم المحرم ، أو^(٦) الصديق القديم الذى كان يضيفه قبل القضاء : فلا بأس
بالإجابة . وفى غيرهما^(٧) : لا ينبغي أن يحضر ، لأن ذلك يوجب تهمة فيه .

ولا بأس للقاضى أن يبعث الخصمين إلى المصالحة إن طمع منها
المصالحة^(٨) . وإن لم يطعم ولم يرضيا^(٩) بذلك^(١٠) فلا يردهما إلى الصلح ،
ويتركهما على^(١١) الخصومة ، وينفذ القضاء فى حق من قامت الحجة له .
والله تعالى أعلم^(١٢) .

(١) من « من او » .

(٢) كذا فى ب . وفى الأصل « او » : « فى » .

(٣) فى « او » : « لأنه يكون » .

(٤) كذا فى « او ب » . وفى الأصل : « فإن كانت الدعوة دعوة العرس ... » .

(٥) كذا فى « او » . وفى الأصل « ب » : « كال » .

(٦) فى ب : « و » .

(٧) فى « ا » : « وغيرها » . وفى « كذا » : « فلا بالإجابة وغيرها » .

(٨) « إن طمع منها المصالحة » ليست فى « او » .

(٩) فى « او ب » : « ولم يرضا » .

(١٠) فى « » : « فذلك » .

(١١) فى « او » : « لى » .

(١٢) « والله تعالى أعلم » ليست فى « او » . وفى ب : « والله أعلم » .

كتاب

الوقف والصدقة

في الكتاب^(١) فصلان : فصل في الوقف ، وفصل في الصدقة .

أما الأول

< فقد > أجمع العلماء أن من وقف أرضه أو داره ، مسجداً ، بأن قال : « جعلت هذه^(٢) الأرض مسجداً يصلى^(٣) فيه الناس » - أنه جائز^(٤) ، لأن هذا إبطال ملكه عنه ، وجعله لله تعالى خالصاً ، كمن أعتق عبده . لكن التسليم شرط^(٥) عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : ليس بشرط .

وتسليمه عندهما أن يأذن للناس بصلاة^(٦) الجماعة^(٧) فيه ، فيصلى^(٨) فيه جماعة من الناس بجماعة : فإنه يصير مسلماً إلى الناس - كذا ذكر

(١) في أ و ح : « قال رحمه الله : في الكتاب » . وفي ب : « في الباب » .

(٢) في ح : « هذا » .

(٣) في ب : « يصلى » .

(٤) في ب : « يجوز » . وفي أ و ح : « جاز » .

(٥) في ب كذا : « تسليم الشرط » .

(٦) كذا في أ و ب و ح . وفي الأصل : « للصلاة » .

(٧) في أ و ح : « بالصلاة الجماعة » . وفي ب : « بالصلوة جماعة » .

(٨) كذا في ب . وفي الأصل : « يصلى » . وفي أ و ح : « يقرأ صلى الناس فيه بجماعة » .

هلال الرأي^(١) في كتاب «الوقف» الذي صنّفه.

وقال بعض المشايخ : إذا جعل له متولياً < قياً >^(٢) يتصرف في مصالحه ، ويأذن له بقبضه ، بطريق النيابة عن الناس . ويأمرهم بالصلاة فيه - فيكون التسليم^(٣) صحيحاً ، ولا يمكنه الرجوع بعد ذلك عندهما .

وأما إذا جعل أرضه أو داره وقفاً على الفقراء ، أو على وجوه الخير - فعند أبي حنيفة : إن جعله وقفاً في حال حياته ، ولم يقل وصية بعد وفاته^(٤) ، فإنه يكون هذا الوقف صحيحاً ، في حق التصديق بالتملة وبالسكنى^(٥) في الدار إلى وقت وفاته ، و^(٦) يكون نذراً بالتصدق بذلك ، وتكون رقبة الأرض على ملكه : يجوز له^(٧) بيعه والتصرفات فيه . وإذا مات يصير ميراثاً لاورثته - وهذا معنى قول بعض المشايخ : إن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة : أن^(٨) الوقف لا حكم له عنده ،

(١) كذا في - . وفي الأصل و ا و ب : « هلال الرازي » - وسيأتى أن هذا غلط . وهو هلال ابن يحيى بن مسلم الرأي البصري ، ويقع في بعض الكتب « الرازي » . وقد قال صاحب الجواهر إن هذا غلط . وقد قيل له « الرأي » لسمطه وكثرة فقهه بما قيل : « ديمة الرأي » - أخذ الفقه من أبي يوسف وزفر . وله مصنف « الشروط » وله « أحكام الوقف » تداوله العلماء . وقد مات سنة ٢٤٤ هـ . (الجواهر والفوائد) .

(٢) في الأصل و ا و - كذا : « قياً » . وفي الكشاف (٦ : ٢٢٠ : ١) « التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قياً ويبلغه إليه » . وفي ب : « جعل له ولياً يصرف » .

(٣) في ا و ب و - : « يكون تسليمًا » .

(٤) في - : « وفاته » .

(٥) في ب : « والسكنى » .

(٦) « و » ليست في - .

(٧) « له » ليست في ا و - . (٨) في ا و ب و - : « لا » .

بل يكون نذرا بالتصدق بقلته ومنافهه^(١).

وأما إذا وقف في حال حياته ، وأوصى بذلك بعد وفاته - فإنه^(٢) يجوز بلا خلاف ، لكن ينظر : إن خرج^(٣) من الثلث : يجوز في السكل ، وإن لم يخرج من الثلث : يجوز الوقف^(٤) فيه بقدر الثلث ، ويبقى الباقي^(٥) إلى أن يظهر له مال آخر ، أو يميزه^(٦) الورثة . فإن لم يظهر له مال^(٧) ، ولم يميز الورثة ، تقسم الغلة بينهم أثلاثا^(٨) : الثلث للوقف والثلثان بين الورثة^(٩) على قدر أنصبتهم . وإن أجاز^(١٠) الورثة يصير جائرا ، ويتأبد الوقف بحيث لا يبطل بعد ذلك^(١١).

ولو رفع الأمر^(١٢) إلى القاضي ، فأمضى القاضي الوقف^(١٣) ، بناء على

-
- (١) وردت في النسخ هنا البارة التي نقلناها إلى موضعها هنا بعد من هذه الصفحة - انظر فيما بعد المامش ١١ .
 (٢) « فإنه » من أ و ب و ح .
 (٣) في ب و ح : « يخرج » .
 (٤) في ح : « من الوقف » .
 (٥) « الباقي » ليست في ب .
 (٦) في ب و ح : « يميز » . وفي أ : « أو يميز » .
 (٧) « مال » من أ و ب و ح .
 (٨) « أثلاثا » ليست في أ و ب و ح .
 (٩) في ب : « والثلثان من الورثة » . وفي أ و ح كذا : « والثلثان (في ح كذا : والثلثان) الورثة بينهم على قدر أنصبتهم » .
 (١٠) في ح : « وإن أجاز » . وفي ب : « فإن أجاز » . وفي أ : « وإن أجازت » .
 وانظر المامش بعد التالي
 (١١) « وإن أجاز^١ الورثة .. لا يبطل بعد ذلك » وردت في النسخ بعد عبارة : « بل يكون نذرا بالتصدق بقلته ومنافهه » الواردة في أول هذه الصفحة ، وقبل عبارة : « وأما لذا وقف في حال حياته » - والصحيح أن موضعها هنا . راجع فيما تقدم المامش ١
 (١٢) « الأمر » ليست في ح .
 (١٣) « الوقف » ليست في أ

دعوى صحيحة^(١)، وشهادة قاطعة على ذلك، وأنكر الواقف ذلك - صبح^(٢).
ولو شهد الشهود على الوقف، من غير دعوى - قالوا: إن القاضي
يقبل، لأن الوقف^(٣) حكمه^(٤) التصديق بالغة، وهو حق الله تعالى،
وفي حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى.

وهذا إذا كان من رأى القاضي أن الوقف صحيح، لازم، لا^(٥) يجوز
تقصه بحال، كما قال أبو يوسف ومحمد، حتى يكون قضاء في فصل مجتهد
فيه، فينفذ قضاؤه، ولا يمكن^(٦) تقصه بعد ذلك، ولا يجوز يسه، ولا
يورث بالاتفاق، لأن قضاء القاضي^(٧) في فصل مجتهد فيه على^(٨) أحد^(٩)
الوجين برأيه، وهو من أهل الاجتهاد، ينفذ، بالاجماع^(١٠).

هذا الذي ذكرنا على مذهب^(١١) أبي حنيفة. أما عند أبي يوسف ومحمد
والشافعي وعامة الفقهاء: <ف> إن^(١٢) الوقف صحيح، في حق الرقة،
ويزول^(١٣) عن ملكه، كما في المسجد.

(١) في او - : صحيح .

(٢) « ذلك - صبح » من او ب و - ، ولكن « ذلك » ليست في ب .

(٣) « الوقف » من او ب و - .

(٤) في او - : « حكم » . (٥) « لا » ليست في ب .

(٦) في او - : « ولا يمكنه » . وانظر الحاشي التالي

(٧) « في فصل مجتهد فيه ينفذ ... قضاء القاضي » ليست في ب .

(٨) في او - و - : « في فصل مختلف على » .

(٩) في او - : « إحدى » . (١٠) راجع فيما تقدم ص ٦٤١

(١١) في او - : « ذكرنا منه » . وفي ب : « ذكرنا كله على مذهب » .

(١٢) في ب : « فأما أبو يوسف ... قالوا : إن الوقف » .

(١٣) في ب : « فنزول » .

لكن اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما :

قال محمد^(١) : إنما يجوز بأربع^(٢) شرائط :

أحدها أن يخرج من^(٣) يده ، ويسلمه إلى المتولى ، حتى يتصرف فيه ،
فيصرف^(٤) أولاً إلى مصالح^(٥) الوقف ، ويصرف الباقي إلى المستحقين .
والثاني - أن يكون في المفروز^(٦) دون المشاع .

والثالث - أن لا يشترط لنفسه شيئاً من منافع الوقف .

والرابع - أن يكون مؤبداً ، بأن يجعل آخره إلى فقراء^(٨) المسلمين .

وعلى قول أبي يوسف : لا يشترط شيء من هذه الأشياء .

وهذا الذي ذكرنا إذا وقف في حالة الصحة .

فأما إذا وقف في حالة المرض : فإن^(٩) وقف وأوصى به بعد وفاته :

فهذا وحالة^(١٠) الصحة مع الوصية سواء : يعتبر خروجه من الثلث ، ولا
يكون ميراثاً للورثة . وإن لم يجعله وصية بعد وفاته : < ف > في

(١) في ١ : « وقال محمد » .

(٢) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « بأربعة » . والصحيح لغة « بأربع » لأن

« شرائط » جمع « شرطة » بمعنى الشرط أيضاً .

(٣) في ح : « عن » .

(٤) في اوب و ح كذا : « وتصرف » . (٥) « مصالح » من اوب و ح .

(٦) في ب : « في المفروز » و « مفروز » من « فرز » . أما « مفروز » فن « أفرز » (المصباح) .

(٧) « أن » من اوب و ح .

(٨) في ا : « آخره لفقراء » . وفي ح : « آخره فقراء » .

(٩) كذا في اوب و ح . وفي الأصل : « بأن » .

(١٠) في ا : « فهذا أو في حالة » . وفي ب : « ... وفاته قد أو في حالة الصحة » .

وفي ح : « بدو وفاته فهذا أولى في حالة » .

جواب (١) ظاهر الرواية (٢) : هذا والوقف في حالة الصحة سواء .
 وذكر الطحاوى : هو بمنزلة الوقف بعد وفاته ،
 والتوفيق (٣) بين الروايتين أن مراد محمد : أن وقف المريض نافذ
 للحال ، غير مضاف إلى ما بعد الموت ، كالوصية : فإن المريض إذا أعتق
 في حالة المرض ينفذ عتقه ، وإن كان لا يخرج من الثلث عندهما ، ويسمى
 وهو حر . وعند أبى حنيفة : ينفذ بقدر الثلث دون الثلثين (٤) ، ويسمى ،
 وهو رقيق ، فيمتق (٥) الباقي . ومراد الطحاوى أنه (٦) لا يصح من (٧)
 جميع المال بل من الثلث ، بمنزلة الوصية ، وبمنزلة (٨) الوقف والوصية بعد
 الموت - هذا هو الصحيح .

هذا الذى ذكرنا فى المقار

فأما فى (٩) المنقول - هل يجوز وقفه ؟

إن كان تباعاً للمقار كالثيران ، وآلات (١٠) الحراثة ، والعبيد - فإنه يجوز ،
 ويجعل وقفاً ، ويكون ملكاً لعامة الفقراء كعبيد الخس فى الغنائم (١١) .

(١) « جواب » ليست فى ب .

(٢) « فى جواب ظاهر الرواية » ليست جلية فى الصورة الفوتوغرافية للأصل .

(٣) « والتوفيق » ليست فى ب ومكانها فيها يابض . وفى ا و - تشبه : « والتوقيف » .

(٤) « فى ب : » بقدر الثلثين - « فليس فيها : » أثلث دون » .

(٥) « فى ب : » يمتق » . وفى ا و - « يمتق » .

(٦) « فى ب : » أن » . (٧) « فى ا و - : » فى » .

(٨) « الوصية وبمنزلة » ليست فى ا و - .

(٩) « فى » ليست فى ا و ب و - .

(١٠) « فى ب - كذا : » كالثيران والآلة الحراثة » .

(١١) « فى ب فى الغنائم » من ا و ب و - . راجع فيما تقدم ص ٥٢٠ وما بعدها .

وأما إذا كان مقصوداً - فإن كان مما يجري فيه التعامل ، وهو معتاد فيما بين الناس : يجوز عندهما ، خلافاً لأبي حنيفة - وذلك نحو الكُراع^(١) ، والسلاح في سبيل الله ، و^(٢)نحو المَر^(٣) والقدوم لحفر القبور ، وكشّاب الجنّاة^(٤) ونحوها .

وأما وقف الكتب - < فقد > اختلف المشايخ فيه^(٥) ، على قولها . وعن نصير بن يحيى^(٦) أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة . ولو جعل أرضه أو^(٧) داره رباطاً ، أو مقبرة ، أو سقاية - فعند أبي حنيفة : لا يجوز . وعندهما : يجوز - غير أن^(٨) يشترط الشرائط التي^(٩) ذكرنا^(١٠) ، والتسليم عنده هو^(١١) أن ينزل^(١٢) في الرباط بمض المارة ، وأن يدفن فيها^(١٣) بمض الموتى ، وأن يسقى^(١٤)

(١) الكُراع جماعة الخيل خاصة (المصباح)

(٢) « و » ليست في ب .

(٣) في المغرب : « الرباط فتح في وقف المختصر : الذي يسمل به في الطين » .

(٤) في ا و ح : « الجنائز » .

(٥) « فيه » ليست في ا .

(٦) في الفوائد : « نصير بن يحيى الباجي : أخذ القفه عن أبي سايان الجوزجاني عن محمد .

مات سنة ٢٦٨ هـ » .

(٧) في ب : « و » .

(٨) في ب : « غير أن عند محمد يشترط . . » .

(٩) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « التي » .

(١٠) في ب : « ذكرناها » . راجع فيما تقدم ص ٦٥١ .

(١١) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « وهو » راجع ص ٦٤٧ .

(١٢) في ب : « يترك » وفي ا و ح : « وهو أن يقول أن ينزل » .

(١٣) كذا في ا و ب و ح . وفي الأصل : « فيه » .

(١٤) في ا و ح : « يستقي » .

منها الناس^(١)، وسقى الواحد^(٢) كاف^(٣)، أو يسلم^(٤) إلى المتولى
ويأمره أن^(٥) يأخذ الحارة بالتزول فيها^(٦)، والدفن في المقبرة،
والشرب^(٧) من السقاية، بعد ما صب الماء فيها^(٨).

. . .

ولو وقف أرضاً على عمارة المساجد^(٩) ومرة الرباط^(١٠)، والمقابر:
جاء^(١١) عندها.

فأما الوقف على مسجد^(١٢) بعينه هل يجوز؟ اختلف المشايخ فيه:
قال بعضهم: على الخلاف: على قول محمد: لا يجوز، لأن^(١٣)
هذا لا يتأبد عنده، فإن المسجد إذا خرب و^(١٤) استغنى الناس عن الصلاة
فيه، يعود ملكاً لصاحبه إن كان حياً، ويصير ميراثاً لورثة الواقف بعد

(١) كذا في أ و ب و ج، وفي الأصل: «الماء».

(٢) ق ب و ج: «الواحد» - غلب فيها: «سقى» - وانظر الهامش التالي

(٣) «الواحد كاف» ليست في أ، و «كاف» ليست في ج، وفي الأصل: ب: «كافي».

(٤) كذا في أ و ج، وفي ب: «أرسل» - وفي الأصل: «يسلم».

(٥) في أ و ب و ج: «أن».

(٦) كذا في أ و ج، و: «الحارة بالتزول فيها» غير جلية في الصورة الفوتوغرافية للأصل.

(٧) كذا في أ و ب و ج - وبين السطرين في الأصل - وفي متن الأصل: «والسقي».

(٨) ربيع فيها تقدم من ٦٤٧.

(٩) في ب و أ: «المسجد».

(١٠) في ب: «الرباطات» - وانظر الهامش بعد التالي

(١١) كذا في ب، وفي الأصل: «جاء» - وانظر الهامش التالي

(١٢) «ومرة... مسجد» ليست في ج، وكذا في أ.

(١٣) «لأن» ليست في أ و ج.

(١٤) في ج: «أو».

وفاته . وعلى قول^(١) أبي يوسف : يجوز ، لأن عنده لا يصير ميراثاً بالخراب ، فإنه^(٢) يبقى مسجداً أبداً^(٣) .

وقال أبو بكر الأعمش^(٤) : ينبغي أن يجوز ، بالاتفاق .

وقال أبو بكر الإسكافي^(٥) : ينبغي أن^(٦) لا يجوز ، بالاتفاق .

وأما حكم الصدقة

إذا قال : « داري هذه صدقة في المساكين » - فإنه يجب عليه أن يتصدق : إن شاء بعين الدار ، وإن شاء باعها ، وتصدق^(٧) بثمنها على الفقراء ، لأن الصدقة عند^(٨) الإطلاق تقع على^(٩) تملك الرقبة ، دون التصديق^(١٠) بالسكنى والنفقة بخلاف^(١١) ما إذا قال : « داري هذه صدقة موقوفة على المساكين » - أنه ينصرف عند أبي حنيفة إلى التصديق بالثقة^(١٢) لوجود

(١) ق ب : « وعلى قياس قول » . وفي ا و ح : « وعلى هذا قياس قول » .

(٢) في ا و ب و ح : « بل » .

(٣) « أبداً » ليست في ا و ح .

(٤) في ا و ح : « الأعمش » . ولم نجد في الفوائد والجواهر لـ « الأعمش » . وفي

الكشاف (٦ : ٢٢١ : ١٩) : « أبو بكر الأعمش » . راجع ترجمته في الهامش ٦ ص ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٥) راجع ترجمته في الهامش ٧ ص ١٩ من المقدمة في الجزء الأول .

(٦) « أن » ليست في ح .

(٧) كذا في ب . وفي الأصل و ا و ح : « وتصدق » .

(٨) في ا و ح : « على » .

(٩) « عل » ليست في ح .

(١٠) في ا و ح : « الصدقة » .

(١١) « بخلاف » ليست في ح .

(١٢) « بالثقة » من ا و ب . وفي ح : « بالثقة » .

التعارف^(١) .

ولو قال : « جميع ما أملك^(٢) فهو صدقة » فإنه ينصرف إلى أموال الزكاة ، من السوائم ، وأموال^(٣) التجارة ، والصامت^(٤) ، دون العقار والرقيق ، وعليه أن يتصدق بالكل^(٥) ، ويمسك نفقة نفسه وعياله . ثم إذا ملك مالا^(٦) ، يتصدق بمثل ما أنفق من المال الذي نذر بالتصدق به^(٧) .

ولو قال : « مالي^(٨) صدقة في المساكين^(٩) » ، فإنه لا^(١٠) يدخل فيه السوائم والعقار والرقيق ، ويدخل أموال التجارة والصامت^(١١) . وقد ذكرنا فيما سبق^(١٢) نظائره ، وبيننا الفرق ، فلا نسيده . والله تعالى أعلم^(١٣) .

انتهى بحمد الله تعالى

-
- (١) في كذا : « التفاوت » .
 (٢) في أ : « جميع ما أملكه » . وفي ب : « جميع مال » .
 (٣) في أ و ب : « وبغيره من أموال » .
 (٤) في المصباح : « الصامت من المال الذهب والفضة » .
 (٥) « بالكل » ليست في أ .
 (٦) « ما » ساقطة في ب نظيها : « ملك لا » .
 (٧) « ب » ليست في أ .
 (٨) في ب : « جميع مالي » .
 (٩) في ب : « بالمساكين » .
 (١٠) « لا » ليست في ب .
 (١١) « و » ليست في ب . راجع الخامس .
 (١٢) كذا في أ و ب و ج . وفي الأصل : « وقد سبق فيما ذكرنا » .
 (١٣) في أ و ب و ج : « والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب » .

١ - فهرست الموضوعات

٢ - فهرست الأعلام المترجم لهم في هذا الجزء

وقد وعدنا في الجريين الأولين أن نقتصر في هذا الجزء الثالث فهارس مختلفة للأجزاء الثلاثة جيما ولكن للأسف انتهت مدة ندبها إلى الجامعة وتبين علينا الرجوع إلى عمانا الأصل في القضاء بالقاهرة قبيل الفراغ من طبع هذا الجزء الثالث فلم يتسع لنا الوقت للوفاء بما وعدنا . ونرجو أن نوفق إلى ما وعدنا في فرصة أخرى مقبلة لأن شاء الله حتى نكمل القائمة التي نرجو . والله ولي التوفيق .

فهرست الموضوعات

الاوراقام تشير إلى الصفحات

كتاب الشركة (٣ - ٢١)

نوعاها (٣) - شركة الاملاك (٣) .

شركة العقود : الشركة بالاموال : شروطها العامة (٤ - ٦) . شركة النان (١٠-٦) . شركة المناوضة (١٠-١٣) . الشركة بالوجوه (١٣-١٤) . الشركة بالاممال (١٥-١٧) .

باب الشركة الفاسدة : (١٨-٢١) .

كتاب المضاربة (٢٢-٣٢)

١. تفسير المضاربة (٢٢) . افعالها (٢٢-٢٣) . شرائط صحتها (٢٣-٢٥) .
احكامها : في المضارب (٢٥-٢٦) . المضاربة المطلقة (٢٦-٢٧) . المضاربة الخاصة (٢٧-٢٨) .
النتي في المضاربة المطلقة (٢٨-٢٩) . غنة المضارب (٢٩-٣٠) . قسمة الربح (٣٠-٣١) .
اتساخ المضاربة (٣١-٣٢) . المضاربة الفاسدة (٣٢) .

كتاب الصرف (٣٣-٤٨)

تمريته (٣٣) . حكمه (٣٤-٣٨) . باب آخرته (٣٩-٤٦) . فصل في القرض (٤٦-٤٧) .
بيع القافوس (٤٧-٤٨) .

الفرصة

راجع ص ٤٦-٤٧

كتاب الرهن (٤٩-٦٥)

شرعية الرهن (٤٩-٥٠) . ركنه (٥٠) . شرائط جوازه (٥٠-٥٣) . ما يصلح مرهونا (٥٣-٥٤) .
ما يكون مرهونا به (٥٤-٥٦) . حكم الرهن (٥٦-٦٤) . الزيادة في الرهن وفي الدين (٦٤) . رهن الشيء المستأجر (٦٤-٦٥) . استبدال الرهن (٦٥) .
البدل المرهون (٦٥) .

(٨٦-٦٦)

كتاب الشفة

ما يجب به الشفة (٦٦-٦٧) . شرائط الوجوب : . مؤونة مال بمال (٦٧-٦٩) .
المبيع عقار (٦٩-٧٠) . كيفية الوجوب (٧٠) : طلب الموائنة (٧١-٧٢) . المطالبة
من الخصم (٧٢-٧٤) . المرافعة للى القاضى (٧٤-٧٧) . أحكام الشفة : ما تبطل به ومالا
تبطل (٧٧-٨٥) . موت الشفيع (٨٥) . الاخذ بالشفعة هل يبطل الخيار (٨٦) . الحيلة
فى إبطال الشفة (٨٦) .

(٨٧-١٠٠)

كتاب الذبائح

ما يباح أكله من الحيوان ومالا يباح وما يكره (٨٧) . ألا يبش لأى الماء (٨٨) .
مالا يبش لأى البر (٨٩-٩١) . جنين ما يؤكل لحمه (٩٢) . شرائط الحل : الذبيح (٩٢) .
التسمية (٩٢-٩٤) . تجريد اسم الله عن اسم غيره (٩٤-٩٥) . محل الذبيح وكيفية (٩٥-
٩٧) . ما يكره حال الذبيح (٩٧-٩٨) . ما يذكى به (٩٨-٩٩) . أهلية الذبيح (٩٩-
١٠٠) . فى الصيد (١٠٠) .

(١٠١-١١٢)

كتاب الصيد

إباحة الاصطياد (١٠١) . شرائط لإباحة أكل الصيد : أن تكون الآلة جارية (١٠٢-
١٠٣) . أن يكون الحيوان الجارح مملا (١٠٣-١٠٥) . أن لا يكون الحيوان الجارح
محرر العين (١٠٥) . أن يكون الإرسال لمن هو أهل للذبيح (١٠٥) . الإرسال على ما هو
صيد مشاهد (١٠٥-١٠٧) . أن يكون فور الإرسال باقيا (١٠٧-١٠٨) . التسمية حال
الإرسال (١٠٨) . أن يلحقه المرسل والرامى (١٠٨-١٠٩) . عدم إدراك ذبحة الاختيار
(١٠٩-١١٠) . مسائل (١١٠-١١٢) .

(١٢٣-١٢٥)

كتاب الاضحية

هل الاضحية واجبة (١١٣-١١٤) . شرائط الوجوب (١١٤-١١٦) . شرائط الاضحية
وكيفية القضاء (١١٦-١١٨) . ما يجوز فى الاضحية ومالا يجوز وما يكره (١١٨-١٢٥) .
هل للضئى أن يأكل من أضحيته وأن يبيها (١٢٥) .

(١٢٦-١٤١)

كتاب المنصب

حد المنصب (١٢٦-١٢٧) . زوائد المنصب (١٢٧-١٢٨) . حكم المنصب : وجوب
الرد (١٢٨) . ضمان نقصان (١٢٩-١٣٣) . زيادة المنصب (١٣٣-١٣٩) . إلتاف
المنصب (١٣٩-١٤٠) . هلاك المنصب (١٤٠-١٤١) .

كتاب الريات (١٤٢-٢١٠)

القتل الموجب لقصاص والموجب للدية : الجناية في النفس : الموجبة لقصاص (١٤٢-١٤٦) . القتل الموجب للمال : البعد المحض الذي فيه شبهة (١٤٧-١٤٨) . القتل شبه البعد (١٤٨-١٤٩) . القتل الخطأ (١٤٩-١٥٠) . القتل بطريق التسييب (١٥٠) . الجناية فيها دون النفس : (١٥١-١٥٥) .

وجوب الدية ومقدارها وكيفيتها : الجناية الموجبة للدية في النفس : مقدار الدية وكيفيتها (١٥٥-١٥٨) . فيها دون النفس (١٥٨-١٦٤) . الشجاج (١٦٤-١٦٧) . الجراح (١٦٨) . ما يجب فيه حكومة العدل (١٦٨-١٧٠) . حكم النساء (١٧٠-١٧٣) . حكم العبد (١٧٣-١٧٧) . جناية المدير وأم الولد (١٧٧-١٧٨) . جناية المكاتب (١٧٨-١٧٩) . جانيهم على مولاهم أو على ماله خطأ (١٧٩-١٨٠) . الجنين (١٨٠-١٨٣) . **بيان من تجب عليه الدية :** المدة التي تجب فيها (١٨٣) . على من تجب الدية (١٨٣-١٨٥) . على من يجب الارث (١٨٥-١٨٦) . من هم الساقاة (١٨٦) . **باب ضمان الراكب ومن كان في معناه :** (١٨٧-١٩٩) . **باب القسامة :** مشروعيتها القسامة (٢٠٠) . تحريمها ومن تجب عليه (٢٠٠-٢١٠)

كتاب الحدود (٢١١-٢٣٢)

حد الزنا - نوعا وسبب وجوبه (٢١١) . بيانه (٢١٢-٢١٥) . شرائط وجوب الرجم (٢١٥-٢١٦) . طريق ثبوته عند القاضي (٢١٦-٢٢٢) .
حد القذف - ما هو حد القذف (٢٢٣) . تفسير القذف (٢٢٣-٢٢٥) . شرائطه (٢٢٥-٢٢٧) . أحكامه (٢٢٧-٢٣٠) .
التعزير (٢٣١-٢٣٢) .

كتاب السرقة (٢٣٣-٢٥٢)

السرقة - تحريمها (٢٣٣-٢٤٦) .
قطاع الطريق والبغاة - قطاع الطريق : من هم (٢٤٧-٢٤٩) . أحكامهم (٢٤٩-٢٥١) .
الغاة (٢٥١-٢٥٢) .

كتاب الربهة (٢٥٣-٢٧٤)

مشروعيته (٢٥٣-٢٥٤) . ركها (٢٥٤-٢٥٦) . شرائط صحتها (٢٥٦-٢٦٥) . حكمها (٢٦٥) . الرجوع فيها (٢٦٦-٢٧٤) .

كتاب الودية (٢٧٥-٢٨٢)

مشروعية عقد الودية (٢٧٥) . طبيته (٢٧٥) . حكمه (٢٨٢-٢٧٥) .

كتاب العارية (٢٨٣-٢٨٨)

العارية بطريق الحقيقة (٢٨٣-٢٨٤) . بطريق الجواز (٢٨٤) . العارية المطلقة (٢٨٤-٢٨٥) . العارية المقيدة (٢٨٥-٢٨٨) .

كتاب الدعوى والبيئات (٢٨٩-٣١٥)

الدعوى الصحيحة والفاصلة (٢٨٩) . العلم بالدعوى به (٢٩٠) . المدعى والمدعى عليه (٢٩٠-٢٩١) . اجراءات الدعوى أمام القضاء (٢٩١-٢٩٤) . الدعوى في ملك مطلق (٢٩٦-٢٩٧) . الدعوى من الخازنين في ملك مطلق (٢٩٧-٢٩٨) . دعوى الملك بسبب الارث (٢٩٩-٣٠١) . دعوى الملك بسبب الفراء (٣٠١-٣٠٦) . دعوى التنازع (٣٠٦-٣١٠) . ما يتكرر فيه سبب الملك ويصنع مرتين (٣١٠) .

عقود الجوار (٣١٥-٣١٥)

كتاب الإقرار (٣١٦-٣٣٦)

كونه حجة (٣١٦-٣١٧) . ألقاظ الإقرار (٣١٧-٣١٩) . شرائطه (٣١٩-٣٢٠) . أنواع المقر به : حقوق الله تعالى (٣٢٠-٣٢١) . حقوق الساد (٣٢١-٣٢٢) . إقرار العبد والخمر وتسمير الإقرار (٣٢٢-٣٢٣) . الإقرار في حالة الصحة (٣٢٣-٣٢٤) . الإقرار في المرض (٣٢٤) . الإقرار بالوارث : في حق النسب وفي حق الميراث (٣٢٤-٣٢٦) .

كتاب الوصايا (٣٣٧-٣٧٩)

تسميم (٣٣٧) . بيان الوصية (٣٣٨-٣٤٠) . مشروعيته (٣٤٠-٣٤١) . شرائط صحتها (٣٤١-٣٤٣) . بيان الموصي به : الوصية بالمنافع (٣٤٣-٣٤٤) . الوصية بالعين (٣٤٤-٣٤٦) . إذا اجتمعت الوصايا (٣٤٦-٣٥٠) . هل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض (٣٥٠-٣٥٤) . بيان الموصي له وأحكامه (٣٥٤-٣٦٢) . نوعا الوصايا بالقبلة للموصي له (٣٦٢-٣٦٤) .

فصل في الإيصاء : (٣٧٣-٣٦٥) .

باب الرجوع عن الوصية : (٣٧٩-٣٧٤) .

كتاب الوكالة (٣٩٧-٣٨٠)

تمريضا (٣٨١-٣٨٠) .

الوكالة في حقوق الله تعالى : التوكيل في إثبات الحدود (٣٨١) . في الاحتياط .

(٣٨٢) .

الوكالة في حقوق العباد : الوكالة في الخصومة (٣٨٦-٣٨٢) . الوكالة بقبض الدين

(٣٩٠-٣٨٦) . الوكالة بالتراء (٣٩٠-٣٩٤) . الوكالة بالبيع (٣٩٤) . حكم الوكالة

(٣٩٧-٣٩٥) .

كتاب الكفالة (٣٩٨-٤١٣)

تمريضا (٣٩٨) . أقاطعا (٣٩٩) . شرائطا (٣٩٩-٤٠٠) . المكفول به :

الكفالة بالدين (٤٠٨-٤٠٨) . الكفالة بالأعيان (٤٠٨-٤٠٩) . الكفالة بالنفس

(٤١٣-٤٠٩) .

كتاب المهرنة (٤١٤-٤١٦)

شرعيتها وحكمها (٤١٥-٤١٥) . مطلقة ومقيدة (٤١٥-٤١٦) .

كتاب الصلح (٤١٧-٤٤١)

شرعيته (٤١٧) . أنواعه (٤١٨) .

الصلح بين المدعى والمدعى عليه : عن إقرار وبدل الصالح عين (٤١٨-٤١٩) .

وبدل الصلح دين (٤١٩) . عن أنكار (٤٢٠) . تطبيقات (٤٢٠-٤٢١) . المدعى به دين

(٤٢١-٤٢٤) . بدل الصلح منافع (٤٢٤-٤٢٥) . المدعى به حقوق ليست بمال : الضرب

الذي يجوز (٤٢٥-٤٢٧) . الضرب الذي لا يجوز (٤٢٧-٤٢٢) .

الصلح بين المدعى والأجنبي : بإذنه (٤٣٧) . بغير إذنه (٤٣٢-٤٣٤) . الخلع

من الأجنبي (٤٣٤-٤٣٥) . التفو عن دم الممد من الأجنبي (٤٣٥) . الزيادة في الثمن من

الأجنبي (٤٣٥) .

باب آخر من الصلح - مسائل متفرقة (٤٣٦-٤٤١) .

كتاب المزارعة والمعامدة (٤٥٨-٤٤٢)

تسميرها لغة وشرعا (٤٤٣-٤٤٣) . مشروعيتها (٤٤٣) . أنواع المزارعة (٤٤٣-٤٤٣) .
(٤٤٩) . شرائط الصحة والقصد (٤٥٠-٤٥٤) . الإعتدال في القسح (٤٥٤-٤٥٦) .
اقتصاح القند بالموت (٤٥٥-٤٥٧) . اقتضاء مدة المزارعة والزروع بقل (٤٥٧-٤٥٨) .

كتاب الإكراه (٤٥٩-٤٧٠)

نوعاه (٤٥٩) . الإكراه على فعل حتى (٤٥٩-٤٦٤) . الإكراه على الأمور الشرعية:
على الإنشاء (٤٦٤-٤٦٧) . على الإقرار (٤٦٧) . متى يثبت الإكراه ومن (٤٦٧-٤٧٠) .

كتاب القسمة (٤٧١-٤٨٠)

نوعاها (٤٧٠) .
قصة الأعيان المشتركة : (٤٧٠-٤٧١) . متى يقسم القاضى (٤٧٢) . طريقة
لثبات المالك للقسمة عند القاضى (٤٧٣) . الاطهية والولاية للقسمة عند القاضى (٤٧٣-٤٧٥)
كيفية القسمة (٤٧٥-٤٧٧) . الخيارات فى القسمة (٤٧٧-٤٧٨) . أثر القسمة (٤٧٨) .
ظهور دين على التركة أو وارث غائب بعد القسمة أو وصى (٤٧٨-٤٧٩) .
المهاياة : من حيث المكان (٤٧٩) . من حيث الزمان (٤٧٩-٤٨٠) .

كتاب المأذون (٤٨١-٤٩٧)

مشروعية الإذن للعبد فى التجارة (٤٨١-٤٨٢) .
تفسير الإذن : الإذن الخاص والإذن العام (٤٨٢-٤٨٤) . الإذن الصريح والذى
بطريق الدلالة (٤٨٤-٤٨٦) . الإذن الملقى بالشرط والمضاف إلى وقت (٤٨٦-٤٨٧) .
حكم الإذن : وما يملك المأذون وما لا يملك (٤٨٧-٤٩٥) .
الحجبر على العبد المأذون (٤٩٦-٤٩٧) .

كتاب السير (٤٩٨-٥٤٠)

تقسيم (٤٩٨) . تسمير الجهاد (٤٩٩) . كيفية فرض الجهاد (٤٩٩-٥٠٠) . ما يجب
حال شهود الواقعة (٥٠٠-٥٠٨) . أحكام الإتهام والقيء والنية (٥٠٨-٥١٤) . حكم
العلماء والملف وحكم غيرها (٥١٤-٥١٥) . كيفية قصة التناثم (٥١٦-٥١٧) . الفارس
والراجل (٥١٧-٥١٨) . حكم الأسرى (٥١٨-٥٢٠) . حكم الخنس (٥٢٠-٥٢٣) .

حكم الأموال التي أخذها الكفار من المسلمين وحكم عيدة (٥٢٣-٥٢٤) . الحربي إذا دخل دار الإسلام (٥٢٤-٥٢٥) .

باب أخذ الجزية وحكم المرتدين : حكم الجزية : على من تجب (٥٢٦-٥٢٧) .

مقدارها (٥٢٧-٥٢٨) . حكم بني تغلب (٥٢٨) متى ترفع (٥٢٩) .

حكم أهل الردة - حكم المرتد (٥٣٠-٥٣١) . حكم مال المرتد وتصرفاته (٥٣٢-٥٣٣) .

حكم ميراث المرتد (٥٣٣-٥٣٥) .

باب أحكام البغاة : (٥٣٦-٥٤٠) .

كتاب الشرب (٥٤١-٥٥٥)

الفصل الأول : أحكام الشرب - الماء المملوك (٥٤١-٥٤٢) . ماء البئر المملوك (٥٤٢-٥٤٣) .

النهر المشترك بين جماعة محصورة (٥٤٣-٥٤٤) . الأتجار العظيم (٥٤٥-٥٤٦) .

عل من مئونة كرى النهر وكيفية ذلك (٥٤٦-٥٤٨) . الاختلاف في المسألة (٥٤٨-٥٤٩) .

التصرف في الشرب الخاص والمشترك بالبيع وغيره (٥٥١) .

الفصل الثاني : أحكام الأراضى : أنواع الأراضى (٥٥٢-٥٥٣) . كيفية الإحياء (٥٥٣-٥٥٤) .

الحق في السكلا (٥٥٤) . هل للنهر حريم ومقداره (٥٥٤-٥٥٥) .

حريم البئر والين (٥٥٥) .

كتاب الأشربة (٥٥٦-٥٥٨)

أسماء الأشربة : حميرها : الحمر - السكر - قيق الزبيب - نبيذ التمر - التفخيخ -

الباذق - الطلاء - الجهورى (٥٥٨-٥٥٩) .

أحكامها : حكم الحمر (٥٥٩-٥٦٠) . حكم السكر وبيع الزبيب والتمر من غير طبع

والتفخيخ والباذق (٥٦٠-٥٦١) . حكم الطلاء وحكم مطبوخ التمر والزبيب أدنى طبع على

السواء (٥٦١-٥٦٢) . حكم ما سوى هذه الأشربة (٥٦٢-٥٦٣) .

حد السكر (٥٦٤) . سقى الصبيان والدواب الحمر (٥٦٥) . تحليل الحمر بالعلاج هل

يجوز (٥٦٥ - ٥٦٦) . إذا سارت الحمر حامضاً ينقلها من الغل إلى الشمس (٥٦٦) .

كتاب النظروالنظر (٥٦٧-٥٦٨)

النس والنظر إلى الرجال والنساء : أرواح النساء (٥٦٧ - ٥٦٨) . الزوجات

والملوك ملكة اليمين (٥٦٨-٥٧١) . المحارم من ذوات الرحم والمحارم التي لا رحم لها من الأجنبية (٥٧١-٥٧٢) . مملوكات البير (٥٧٢) . الأجنبية وذوات الرحم بلا محرم (٥٧٣-٥٧٥) . الرجال في حق الرجال (٥٧٥) . النساء في حق النساء (٥٧٦-٥٧٧) . النساء في حق الرجال (٥٧٦) .

باب آخر - (٥٧٧-٥٨٢) .

باب آخر منه - استئصال الحرير (٥٨٣-٥٨٥) . استئصال الذهب والفضة (٥٨٥-٥٨٦) . كراهية شرب لبن الاثان لتندأى (٥٨٩-٥٩٠) . عيادة اليهودى والمصراني (٥٩٠-٥٩١) . كراهية أن تصل المرأة شعرها المقطوع بشعرها (٥٩١) . كراهية اللعب بالقرط والشطرنج (٥٩٢) . لو ماتت حامل وفي بطنها ولد يضطرب فهل يشق بطنها (٥٩٢-٥٩٣) . لو اجتمع انسان درة رجل فأتى به يشق بطنه لإخراج الدرة (٥٩٣) .

(٥٩٧-٥٩٨)

كتاب البس

لا بأس بالمسابقة في أربعة أشياء (٥٩٤-٥٩٥) . أوجه المسابقة وحكم كل وجه (٥٩٥-٥٩٧) . متى يجوز الرهان والمسابقة (٥٩٧) .

(٥٩٨-٦٠١)

كتاب المقفود

تصير المقفود (٥٩٨) . حكمه في المال (٥٩٨-٥٩٩) . في الحال (٥٩٩-٦٠١) .

(٦٠٢-٦١٤)

كتاب اللقيط واللفظ وجعل الوحي

تصير اللقيط واللفظ وجعل الآيق والضاة (٦٠٢-٦٠٣) . حكم اللقيط : هل التغطية واجب (٦٠٣) . نفقات تربته (٦٠٣-٦٠٤) . الولاية عليه (٦٠٤) . الولاية (٦٠٤-٦٠٥) . حكم الحرية (٦٠٥-٦٠٦) . حكم النسب (٦٠٦-٦٠٨) . حكم الاسلام (٦٠٨-٦٠٩) .

حكم اللقطة - هل يأخذها أم يتركها من يجدها (٦٠٩-٦١٠) . إذا أخذها وأراد وضعا مكانها ، أو دسها إلى غيره ، أو هلك في يده (٦١٠-٦١١) . وجوب دفع الأمر إلى القاضي (٦١١) . تربيها (٦١١-٦١٢) . حكمها إذا لم يظهر صاحبها (٦١٢) . دفعها إلى صاحبها (٦١٢-٦١٣) .

الدابة الضالة - (٦١٣) .

العبد الآبق - جملة (٦١٣-٦١٤) .

(٦٢١-٦١٥)

كتاب الخنق

تعريف الخنق - حكمه قبل البلوغ (٦١٥ - ٦٢١) . أحكام الخنق المشكل :
الختان (٦١٧) . لبس الحرير وموخته في الصلاة وترتيبه في الجنائز وتنسيبه (٦١٨) . ميراثه
(٦٢١-٦١٨) .

(٦٢٧-٦٢٢)

كتاب الشهادات

تحمل الشهادة - مما يجوز وعمن (٦٢٢-٦٢٤) .
حضور الشهود عند النكاح - (٦٢٤) .
جواز الشهادة عند القاضي - شرط قبولها (٦٢٤) . من (٦٢٤ - ٦٢٦) .
اختلاف الشهود (٦٢٦-٦٢٧) .

(٦٣٤-٦٢٨)

كتاب الرجوع عن الشهادات

متى يصح الرجوع عن الشهادة (٦٢٨ - ٦٢٩) . حكم الرجوع عن الشهادة (٦٢٩ -
٦٣٤) .

(٦٤٦-٦٣٥)

كتاب أدب القاضي

النضاء لفرصة (٦٣٥) . من يولى القضاء (٦٣٥-٦٣٦) .
واجبات القضاء - بأى حكم يقضى القاضي (٦٣٦-٦٣٨) . شروط الثبوت عنده: البيئة -
الإقرار - علم قسه (٦٣٨ - ٦٣٩) . لا يقضى لمن لا تجوز شهادته لم (٦٣٩) . كتاب
القاضي (٦٤٠)
آداب القضاء - (٦٤١-٦٤٦) .

(٦٥٦-٦٤٧)

كتاب الوقف والصرف

الفصل الأول - في الوقف - جوازه - هل تسليم الموقوف شرط وكيف النسيم
(٦٤٧-٦٤٨) . إذا جمل أرضه وقفا على الفقراء (٦٤٨-٦٤٩) . إذا وقف في حال حياته
وأوصى بذلك بعد وفاته (٦٤٩) . إذا أمضى القاضي الوقف (٦٤٩-٦٥٠) . شروط الوقف
(٦٥١) . الوقف في حالة المرض (٦٥١-٦٥٢) . وقف الموقوف (٦٥٢ - ٦٥٣) . وقف
الكتب (٦٥٣) . لو جمل أرضه رهطا أو مقبرة أو سقاية (٦٥٣ - ٦٥٤) . لو وقف أرضا
على عمارة المسجد والوقف على مسجد (٦٥٤-٦٥٥) .
الفصل الثاني - حكم الصدقة (٦٥٥-٦٥٦) .

فهرست الاعلام المترجم لهم

فى هذا الجزء

الرقم الاول يشير الى الصفحة والثاني الى المامضى حيث الترجمة

س	ا
١ : ١٧٧ سعيد بن المسيب	٧ و ٦ : ١٨٦ ابراهيم النخعي
ش	٦ : ١٠٢ أحمد بن عصة
١ : ٦١٩ الشبي (أبو عمرو عامر بن شراهيل)	١ : ٤٥٠ ابن مسعود (أبو عبد الله)
ع	١١ : ٣٠٩ أبو القيث (نصر)
١٣-١٢ : ١٧١-١٧٠ عبد الله بن مسعود	٥ : ١٥٨ أبو موسى الأشعري
٨ : ١٥٦ عبيدة السلماني (أبو مسلم أرو عمرو)	ب
٨ : ٢٠٠ عمر بن عبد العزيز	٣ : ٥٦١ بشر (المريسي)
١١ : ٣٠٨ عيسى بن آدم	ج
م	٤ : ٨٨ جابر بن عبد الله
٩ : ٢١٩ ماعز بن مالك	٤ : ٣٠٧
١ : ٩٨ مجاهد بن جبر	ح
٦ : ٢٩٥ محمد بن الحسن	٧ : ٥٩٩ الحسن بن زياد القزويني
٦ : ١٥٨ منيرة بن شعبة	و
٢ : ٥٦١ المريسي (بشر)	ريسة الرأي (أبو عثمان أو أبو عبد الرحمن)
ن	٤ : ١٧٢
٧ و ٦ : ١٨٦ النخعي (أبراهيم)	ز
١١ : ٣٠٩ نصر (أبو القيث)	٧ : ١١٩ الزعفراني (الحسن)
٦ : ٦٥٢ نصير بن يحيى البلخي	زيد بن ثابت ١٧٠ - ١٢٢ : ١٣
هـ	
١ : ٦٤٨ هلال الراي (هلال بن يحيى)	

أخطاء مطبعية

وقد أثناء الطبع بعض أخطاء مطبعية إن تخفى على القارئ . وفيما يلي ما وقع عليه نظرة

الصفحة	الهامش	السطر	الخطأ	الصواب
١٦	٨		لذا كان البيع	... المبيع
٧٠	٩		٢٧٨-٢٧٩	٢٨٨-٢٧٩
١٢٠			ولا يجوز الجمل	ولا يجوز الجمل (بالحاء لا بالجيم)
				<u>ملاحظة</u>
				قال ابن عابد بن (٢٢٣:٥) : « وفي
				البدائع تقدير هذه الأسنان بما ذكره
				القصاص لا الزيادة . فلو ضحك بسن أقل لا يجوز
				ويأكبر يجوز وهو أفضل . ولا يجوز يحمل
				وجدى وعجول وفضيل . لأن الترخ لهما
				ورد بالأسنان المذكورة » .
			ولهذا	لهذا
١٢٨	٥		ترجته في الهامش ١١	١٢
١٥٧	٦			الخط الذي يسهل السطر الثالث ينقل إلى أسفل السطر
١٥٩				الرابع تحت عبارة « الضو الذي لا نظير له في
				البدن » .
١٥٩	٤		ص ١٦٧ وما بعدها	ص ١٦٨ وما بعدها
١٦٦	٢		فهذه إحدى	... إحدى
٢٠٧			ولو جد القليل	ولو وجد القليل
		
٢٤٧	٣		أي يمنع	أي يمنع
٤٩٩	٤		منى النقل	منى النقل
٥٠٧	٤		الدمى	الدمى

ملاحظة - في ص ٢٤٦ سقط هامش برقم ٩ نصه : « لم يتكلم على حكم الشقة كما وعد (راجع ص ٢٢٣) وانظر الكاساني ٧ : ٨٤ وما بعدها » .

قرر تدرسي كتاب « التلخيص » بأجزاء التلخيص في كلية الشريعة بجامعة دمشق .

Bibliotheca Alexandrina



0598220